Das

Differenzgeschäft

des § 764 B.G.B.

nach früherem und heutigem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Walter Rudolphi

Referendar in Hamburg.

AKAD. LOGD.RAT. BIBL.

Berlin 1902.

Druck von Wilhelm Pilz, Berlin N.O., Landsberger Strasse 108.

Gliederung.

Seite

§ 1. **I. Einleitung** 1

Wirtschaftliche Bedeutung, Begriff und Arten der Differenzgeschäfte.

II. Der bisherige Rechtszustand . . 8

A. Die Partikularrechte 8

§ 2. **1. Das reine Differenzgeschäft** 9

a) Bedeutung der auf den Kursunterschied gerichteten Vereinbarung

α) Begründung der obligatorischen Rechtsfolgen

β) Der reale Vertragsinhalt im Verhältnis zur äusseren Rechtsform

b) Rechtliche Natur

α) Das reine Differenzgeschäft als Kauf

β) als Kauf mit Rückkaufs- und Aufrechnungsabrede

γ) als Hoffnungskauf

δ) als Werttausch

ε) als aleatorischer Vertrag

αα) Die aleatorischen Verträge im allgemeinen

ββ) Spiel und Wette im besonderen

γγ) Das reine Differenzgeschäft als Spielvertrag

c) Anwendung der positiven Bestimmungen der Partikularrechte

α) Gemeines Recht

β) Preussisches Recht

γ) Rheinisch-französisches Recht

δ) Sächsisches Recht

ε) Frankfurter Recht

ζ) Hamburger Recht.

Seite

§ 3. **2. Das verdeckte Differenzgeschäft** 26

a) Rechtliche Bedeutung der Absicht blosser Differenzzahlung im Gegensatz zum Vertragsinhalt

b) Rechtliche Behandlung

α) Das verdeckte Differenzgeschäft als simulierter Lieferungsvertrag

β) als Spielvertrag

γ) als Umgehungsgeschäft

δ) als rechtsgiltiger Kaufvertrag.

§ 4. **B. Die Rechtsprechung** 40

1. Reichsoberhandelsgericht 40

a) Scheidung von Vertragsinhalt und Parteiintention

b) Rechtliche Behandlung des reinen Differenzgeschäfts.

2. Reichsgericht 41

a) Scheidung zwischen Vertragsinhalt und Parteiintention als Grundsatz

b) Würdigung der konkreten Tatumstände

α) in der älteren Judikatur

β) in der neueren Judikatur.

§ 5. **C. Der Einfluss des Börsengesetzes** . . 57

1. Einfluss der Gesetzgebung im allgemeinen . . 57

2. Die Regelung der Börsentermingeschäfte durch das Börsengesetz 58

a) Begriff der Börsentermingeschäfte

b) Rechtliche Behandlung der Börsentermingeschäfte

α) Die Bedeutung der Eintragung im Börsenregister

β) Die Ausschliessung des Differenzeinwandes.

Seite

§ 6. **III. Das bürgerliche Gesetzbuch** . 64

A. Entstehungsgeschichte des § 764 . . 64

B. Tatbestand des § 764 66

1. Die Merkmale 66

a) Die äussere Rechtsform

b) Die Absicht der Geschäftserledigung durch blosse Differenzzahlung

α) Begriffliche Bedeutung der „Absicht"

β) Die Absicht im Verhältnis zum rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen.

2. Umfang und Anwendungsgebiet 71

a) Beschränkte Anwendbarkeit des § 764

b) Einschränkung durch § 69 des Börsengesetzes.

C. Die Rechtsfolgen 77

Literatur-Verzeichnis.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. München 1852.

Bähr, Das Börsenspiel und die Gerichtspraxis. Leipzig 1893.

— Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Cassel 1891.

— Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen. München 1883.

Baron, Pandekten, 3. Aufl., Leipzig 1876.

Barthelmes, Das Handeln *in fraudem legis*. Berlin 1889.

Bendixen, Die Einrede des reinen Differenzgeschäfts und die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Berlin 1895.

Bericht der Börsen-Enquête-Kommission. Berlin 1893.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines B.G.B. Berlin 1896.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen. Leipzig.

Bruck, Ueber Spiel und Wette. Greifswald 1868.

Brückner, Der Differenzhandel an der Börse. Berlin 1894.

v. Buchka, Vergleichende Darstellung des B.G.B. und des Gemeinen Rechts, 2. Aufl., Berlin 1898.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., Jena 1899.

— Lehrbuch des Handelsrechts, 4. Aufl., Stuttgart 1898.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens. Halle 1901.

— Pandekten, 6. Aufl., Berlin 1900.

— Preussisches Privatrecht, 3. Aufl., Halle 1882.

Deutsche Juristen-Zeitung. Berlin.

Dreyer, Das Differenzgeschäft. Im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, Bd. II (1892) S. 401 ff.

Ehrmann, Rechtliche Ansichten über den Handel mit Staatspapieren. Frankfurt a. M. 1820.

Endemann, Das deutsche Handelsrecht, 4. Aufl., Leipzig 1887.

— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., Berlin 1899.

Enneccerus und Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Aufl., Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Leipzig.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Leipzig.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Erlangen.

Entwurf eines Börsengesetzes. Reichstag, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/1896.

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts. Berlin 1882.

Förtsch, Vergleichende Darstellung des *code civil* und des B.G.B. Berlin 1897.

Freund, Der Börsenterminhandel in Effekten nach den Bestimmungen des Börsengesetzes. In Holdheims Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen, Jahrg. VI (1897) S. 177 ff.

Fuchsberger, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts und Reichsgerichts auf dem Gebiete des Handelsrechts, 3. Aufl., Giessen 1900.

v. Gagern, Die Differenzgeschäfte. Saargemünd 1894.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht, 5. Aufl., Berlin 1896.

— Das deutsche Handelsrecht, 6. Aufl., Berlin 1899.

— Die Klagbarkeit der Differenzgeschäfte. Berlin 1882.

Geller, Das Differenzgeschäft. Im Oesterreichischen Centralblatt für die juristische Praxis, Bd. XVII Heft 2, S. 122 ff.

v. Gerber, System des deutschen Privatrechts. Neu bearbeitet von Cosack. Jena 1895.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Erlangen 1809.

Grünhut, Das Börsen- und Mäklerrecht. In Grünhuts Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht, Bd. II S. 589 ff.

— Die Börsengeschäfte. In Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Bd. III.

Hanseatische Gerichtszeitung. Hamburg.

Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1900.

Heinemann, Der Börsenterminhandel und das Reichsgericht. Berlin 1900.

Hoffmann, das Reichsbörsengesetz erläutert. Berlin 1897.

Hölder, Institutionen des römischen Rechts, 3. Aufl., Freiburg 1893.

Juristische Wochenschrift. Berlin.

Kahn, Börsengesetz. München 1897.

Keyssner, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch nach Rechtsprechung und Wissenschaft. Stuttgart 1878.

Kitzinger, Ueber Begriff und Klagbarkeit der Differenzgeschäfte. Erlangen 1893.

Klöppel, Das Differenzgeschäft und der Rechtsbegriff des Handels. In Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen, Jahrg. II, Nr. 12 S. 194 ff.

— Das Differenzgeschäft vor dem Reichsgericht. In derselben Zeitschrift, Jahrg. II, Nr. 2 S. 21 ff.

— Das Reichsgericht und die Differenzgeschäfte. In derselben Zeitschrift, Jahrg. II, Nr. 4 S. 51 ff.

— Vom Reichsgericht. In derselben Zeitschrift, Jahrg. III, Nr. 1 S. 9 ff.

Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation. In den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. XVI S. 91 ff.

— Ueber das Börsenspiel. In Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen, Jahrg. III, Nr. 3 S. 41 ff.

Krügelstein, Ueber den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette. Leipzig 1869.

Laband, Das Verbot der Differenzgeschäfte. In der politischen Wochenschrift 1882, S. 41 ff.

Lahusen, Das Differenzgeschäft. Heidelberg 1884.

Lehmann und Ring, Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich erläutert. Berlin 1901.

Leist, Die Differenzansprüche aus Börsengeschäften. Im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 83 S. 153 ff.

— Differenzgeschäft und Differenzklausel. In den Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik, III. Folge, Bd. 1 S. 801 ff.

Leske, Vergleichende Darstellung des bürgerlichen Gesetzbuches und des preussischen allgemeinen Landrechts, 1. und 2. Aufl., Berlin 1900.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 10. Aufl., Berlin 1900.

Litthauer, Handelsgesetzbuch unter Ausschluss des Seerechts. Berlin 1900.

v. Löwis, Die aleatorischen Verträge. Giessen 1866.

Makower, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 11. Aufl., Berlin 1893.

— Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 12. Aufl., Berlin 1902.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, 2. Aufl., Berlin 1896.

Motive zum Entwurfe eines Börsengesetzes. Reichstag, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/1896.

Oppenheimer, Kann dem § 69 des neuen Börsengesetzes nach dem Inkrafttreten des neuen B.G.B.'s noch Gültigkeit beigemessen werden? In Holdheims Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen, Jahrg. VI, Nr. 3 S. 82 ff.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Petersen und Kleinfeller, Konkursordnung, 4. Aufl., Lahr 1900.

Pfaff, Zur Lehre vom sogenannten *in fraudem legis agere*. Wien 1892.

v. d. Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenrechte. Erlangen 1840.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch erläutert. Berlin 1900.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.B. Berlin 1893.

Puchelt, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., Leipzig 1876.

Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen. München.

Riesser, Die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte. Berlin 1900.

Salings Börsenpapiere Bd. I: Die Börse und die Börsengeschäfte, bearbeitet von Siegfried. Berlin 1892.

Salings Börsenpapiere Bd. I, bearbeitet von Sandheim. Berlin 1897.

Salkowski, Institutionen. Leipzig 1898.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1841.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des bürgerlichen Gesetzbuches. Erlangen 1899.

Schnütgen, Das Differenzgeschäft, seine geschichtliche Entwicklung und Klagbarkeit. Düsseldorf 1899.

Schuster, Das Spiel. Wien 1878.

Seelemann, Die Klagbarkeit der Differenzgeschäfte. Hamburg 1888.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. München und Leipzig.

Simon, Zur Frage der Klagbarkeit der sog. Differenzgeschäfte. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 41 S. 455 ff.

Souchay, Ueber verschiedene Geschäfte mit Staatspapieren und die Frage, ob sie klagbar oder als Spiel oder Wette unklagbar sind? In der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Bd. III S. 328 ff.

Spitzer, Die Differenzgeschäfte und die neue Gerichtspraxis. In Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, Bd. XXIII S. 81 ff.

Staub, Das Differenzgeschäft nach dem Börsengesetz und nach dem B.G.B. In Holdheims Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen, Jahrg. VI, Nr. 3 S. 69 ff.

— Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. u. 4. Aufl., Berlin 1896.

— Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Aufl., Berlin 1897.

— Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. u. 7. Aufl., Berlin 1900.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., Berlin 1898.

v. Thaer, Die Klagbarkeit der Differenzgeschäfte. Breslau 1895.

Thöl, Das Handelsrecht. Leipzig 1879.

— Der Verkehr mit Staatspapieren. Göttingen 1835.

Trumpler, Die Differenzgeschäfte nach dem B.G.B. und nach dem Börsengesetz. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. L S. 388 ff.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl., Marburg 1865.

Verhandlungen des XXII. deutschen Juristentages, III. Bd., Berlin 1893.

Wermuth-Brendel, Börsengesetz vom 22. Juni 1896. Berlin 1897.

Werner, Welchen Einfluss hat § 764 B.G.B. auf § 69 des Reichsbörsengesetzes? In der deutschen Juristenzeitung, V. Jahrg., Nr. 11.

Weyl, Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch für Praktiker. München 1898.

Wiener, Das Differenzgeschäft vom Standpunkt der jetzigen Rechtsprechung. Berlin 1893.

Wilda, Die Lehre von dem Spiel, aus dem deutschen Rechte neu begründet. In der Zeitschrift für das deutsche Recht und deutsche Rechtswissenschaft, Bd. II S. 133 ff.

— Die Wetten. In derselben Zeitschrift, Bd. VIII S. 200 ff. (1843).

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. M. 1900.

§ 1.

I. Einleitung.

Der Kaufvertrag hat im wirtschaftlichen Leben eine doppelte Bedeutung.

In erster Linie bewirkt er den Umsatz der Güter und bildet so das verbindende Glied zwischen Produktion und Konsumtion.

Indem er ferner in Gestalt mehrerer auf die gleiche Ware gerichteter Einzelkäufe und -verkäufe — welche im Verhältnis von Spekulations- und Realisierungsgeschäft zueinander stehen — zur Gewinnung von Preisunterschieden weitgehende Gelegenheit gewährt, bildet er das bedeutsamste Ausdrucksmittel des gesamten Handelsverkehrs.

Beide Funktionen des Kaufvertrages stehen regelmässig in inniger Verbindung und reger Wechselbeziehung. Die Gelegenheit des für den Einzelnen und für die Gesamtheit notwendigen Güterumsatzes bietet Anlass zur Gewinnspekulation der handeltreibenden Mittelglieder — der spekulierende Zwischenhandel steigert und belebt den Umlauf der Lebensgüter.

Beide Funktionen des Kaufvertrages gelangen — einzeln und in ihrer Wechselbeziehung — dort zur ausgedehntesten Entfaltung, wo die preisbildenden Faktoren, Angebot und Nachfrage, im weitgehendsten Umfange zusammentreffen — im Börsenverkehr.

In dieser Eigenschaft des Börsenverkehrs liegt seine Notwendigkeit und Bedeutung — hinsichtlich des

Güterumlaufs — und zugleich seine grosse Gefahr — im Hinblick auf die eminente Ausdehnung des Spekulationsmomentes. Die vermöge des Massenumsatzes gegebene Möglichkeit, jederzeit über eine beliebig grosse Quantität von Waren oder Wertpapieren Kaufgeschäfte abzuschliessen, in erster Linie aber die steten Preisbewegungen, welche der Wechsel von Angebot und Nachfrage in seiner Abhängigkeit von der politischen und wirtschaftlichen Lage hervorruft, bieten eine beispiellose Gelegenheit zu einer Spekulation, welche ihre soziale Bedeutung, dem Güterumlauf zu dienen, verliert und zum Spiele herabsinkt. Um einer solchen Gewinnspekulation zu steuern, bedurfte es notwendig dort einer gesetzlichen Grenzziehung zwischen legitimer Handelstätigkeit und wirtschaftlichem Spiel, wo die juristische Theorie und Praxis nicht ausreichte, sie zu unterdrücken. Es bedurfte einer Einschränkung jener Geschäfte, welche in erster Linie der genannten spekulativen Absicht auf Gewinnung von Wertunterschieden dienen und in deren Bereich das Interesse an effektiver Lieferung des Kaufobjekts — wenigstens äusserlich — zurücktritt, und welche trotz ihres verschiedenen Inhalts in Literatur und Praxis ganz allgemein als „Differenzgeschäfte“ bezeichnet werden.

Als Differenzgeschäft in diesem Sinne stellt sich demnach jedes in Form eines Kaufvertrages auftretende Rechtsgeschäft dar, bei welchem die Parteiabsicht auf Gewinnung eines Wertunterschiedes abzielt.

Ein solcher Wertunterschied kann nun aber im Verkehr mit markt- oder börsenmässig gehandelten Waren auf zwei ganz verschiedenen Wegen gewonnen werden.

Die Differenzgewinnung ist zunächst durch den Abschluss zweier Geschäfte möglich. Hier handelt

es sich um den Unterschied zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis hinsichtlich des gleichen Kaufgegenstandes. Es ist dies die normale Spekulationsmethode des Handelsverkehrs im allgemeinen — sie erlangt im Verkehr mit markt- oder börsenmässig gehandelten Waren eine erhöhte Bedeutung wegen der hier stattfindenden Kursschwankungen und der hier gegebenen Möglichkeit, jederzeit über das gekaufte oder verkaufte Objekt das zweite Geschäft zwecks Realisierung der Differenzspekulation einzugehen. Sie pflegt sich hier des auf einen fixen Lieferungstermin geschlossenen Zeitkaufs als ihres geeignetsten Mittels zu bedienen und geht häufig so vor sich, dass Spekulations- und Realisierungsgeschäft nur in der Abschlusszeit abweichen, in der Erfüllungszeit zusammenfallen.

Dieser Art der Differenzgewinnung ist es wesentlich, dass der Unterschied durch die vertragsmässige Erfüllung der beiden eingegangenen Geschäfte erzielt wird. Einer solchen steht es aber gleich, wenn bei der Erledigung der auf dieselbe Stichzeit und über dasselbe Kaufobjekt eingegangenen Geschäfte die börsenmässige Abwickelung vereinfachend eingreift, dergestalt, dass bei einer Kette von Käufern und Verkäufern die Effektivlieferung unmittelbar vom ersten Verkäufer an den letzten Käufer erfolgt, die Zwischenglieder ihre Forderungen aber im Wege eines zusammengesetzten Systems von Abrechnungen tilgen (sogenannte Börsenliquidation mittelst Skontration und Clearing).[1])

Die Gewinnung eines Wertunterschiedes, welche hiernach durch Abschluss zweier Geschäfte und deren

---

[1]) Vgl. hierüber Salings Börsenpapiere Bd. I: Die Börse und die Börsengeschäfte, bearbeitet von Sandheim, S. 246 ff.; Trumpler, Die Differenzgeschäfte nach dem bürgerlichen Gesetzbuch und nach dem Börsengesetz, in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. L, Heft 3 und 4, 1901, S. 411 ff.

vertragsmässige Erfüllung erreicht wird, kann im Verkehr mit markt- oder börsenmässig gehandelten Waren oder Wertpapieren auch auf einem anderen Wege erfolgen. Die Differenz kann auch durch den Abschluss nur eines Geschäfts und bei Vermeidung der Kauferfüllung erzielt werden. In solchem Falle schliessen die Beteiligten — wenigstens zum Schein — einen Zeitkauf über Waren oder Wertpapiere, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben und welche in ihren Kursschwankungen den Gegenstand der Spekulation bilden sollen. Die Absicht der Parteien ist keineswegs darauf gerichtet, dass der Verkäufer an den Käufer oder einen von diesem überwiesenen weiteren Käufer liefern soll und der volle Kaufpreis entrichtet wird — sie zielt vielmehr lediglich darauf ab, dass nur die Summe, welche sich als Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise (meist dem Kurse der Abschlusszeit) und dem Börsen- oder Marktpreise der Stichzeit darstellt, von dem einen Kontrahenten an den anderen gezahlt werden soll. Zeigt der Kurs der Stichzeit gegenüber dem verabredeten Preise keine Abweichung, so erfolgt keine Vermögensänderung. Beim Steigen des Kurses zahlt die Partei, welche *à la baisse,* beim Sinken diejenige, welche *à la hausse* spekuliert hatte.

Diese Art des Differenzgeschäfts, bei welchem der Parteiabsicht zufolge der Unterschied nur durch den Abschluss eines einzigen Geschäfts unter den gleichen Kontrahenten und ohne vertragsmässige Kauferfüllung erzielt wird, bezeichnet man zutreffend als Differenzgeschäft im Rechtssinne, im Gegensatz zu dem erst besprochenen Differenzgeschäft im wirtschaftlichen Sinne, bei welchem der Wertunterschied durch mehrere Geschäfte und durch deren vertragsmässige Kauferfüllung erlangt wird.[1])

[1]) **Trumpler** a. a. O. S. 395 f.

Das zuletzt erörterte Differenzgeschäft im Rechtssinne setzt als wesentliches Merkmal die beim Vertragsschlusse vorhandene Absicht voraus, dass nicht die Ware geliefert und abgenommen, sondern nur der Kursunterschied gezahlt werden soll.

Es scheiden mithin aus dieser Kategorie von Geschäften alle diejenigen Zeitgeschäfte aus, welche anstatt durch vertragsmässig bedungene Kauferfüllung durch blosse Zahlung des Kursunterschiedes erledigt werden, ohne dass aber eine derartige Geschäftsregulierung bereits beim Vertragsschlusse beabsichtigt war. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der eine Kontrahent als Schadensersatz wegen Nichterfüllung des fixen Lieferungsgeschäfts gemäss H.G.B. § 376 Abs. 2 die Kursdifferenz vom säumigen Gegner fordert, sowie auch dann, wenn die Parteien als Surrogat effektiver Erfüllung die Differenzzahlung vereinbaren. Im letzteren Falle liegt ein Kaufvertrag vor, dessen Rechtswirksamkeit keinem Zweifel unterliegen kann, da es den Parteien unbenommen bleiben muss, nach dem reellen Kaufabschlusse jederzeit einen Erfüllungsersatz zu verabreden.

Ist danach die Absicht der blossen Differenzzahlung dem Differenzgeschäft im Rechtssinne wesentlich, so kann diese Absicht beim Vertragsschlusse in verschiedenen Formen zum Ausdruck gelangen. Gemäss dieser verschiedenen Erscheinungsformen der Absicht ist weiter zu unterscheiden:

1. das reine Differenzgeschäft:

   Hier tritt die Absicht als Parteivereinbarung hervor, welche — ausdrücklich oder stillschweigend — Recht und Pflicht effektiver Kauferfüllung ausschliesst und Recht und Pflicht auf Zahlung des Kursunterschiedes beschränkt.

2. Das verdeckte Differenzgeschäft:

> Bei ihm ist Recht und Pflicht effektiver Kauferfüllung nicht vertragsmässig ausgeschlossen — es besteht allein die nicht zur erklärten Willensübereinstimmung gewordene Absicht, das Geschäft anstatt durch effektive Lieferung durch blosse Differenzzahlung zu erledigen.

Zielt danach die dem Differenzgeschäft im Rechtssinne eigentümliche Absicht, in welcher Gestalt sie auch zum Ausdruck gelangen mag, auf die Vermeidung der Kauferfüllung ab, so hat die beim Abschlusse des Differenzgeschäfts im wirtschaftlichen Sinne vorhandene Absicht eine wesentlich andere Bedeutung: Sie richtet sich auf einen zweiten Geschäftsabschluss und auf die effektive Erfüllung beider Verträge; sie lässt das Geschäft mithin als Grundhandelsgeschäft — als Spekulationseinkauf bezw. -verkauf im Sinne des H.G.B. § 1 Abs. 2 Ziffer 1 erscheinen. Es liegt mithin ein reeller Kaufvertrag vor.

Einen ganz anderen Charakter aber zeigt das Differenzgeschäft im Rechtssinne, mag es als reines oder als verdecktes Differenzgeschäft auftreten. Seine aleatorische Natur war durchaus geeignet, von seiten der Theorie, Praxis und Gesetzgebung Angriffe gegen seine Rechtsgültigkeit hervorzurufen.

Das Differenzgeschäft der erstgenannten Gattung bedurfte einer speziellen gesetzlichen Regelung nicht — es unterlag den allgemeinen Grundsätzen über den Kaufvertrag. Anders das Differenzgeschäft im Rechtssinne.

Dieses wirtschaftlich gefahrvolle, rechtlich umstrittene Rechtsgeschäft erheischte dringend eine durchgreifende Gestaltung seitens des Gesetzgebers. Eine

solche ist ihm erst durch die Bestimmung des § 764 des bürgerlichen Gesetzbuchs zu teil geworden. Durch die genannte Vorschrift sind die Kontroversen dieses streitigen Rechtsgebietes, welches in seinen wechselnden Entwicklungsstadien den Gegenstand der vorliegenden Aufgabe bildet, zu gesetzlichem Abschlusse gebracht worden.

II. Der bisherige Rechtszustand.

A. Die Partikularrechte.

Das Differenzgeschäft im Rechtssinne hat von allen Partikularrechten eine ausdrückliche Regelung allein im sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche erfahren. Im übrigen — wenn man von den im Jahre 1860 aufgehobenen preussischen Gesetzen, welche den Terminhandel in gewissen Wertpapieren verboten,[1]) sowie einer Hamburger Bestimmung[2]) absieht — schweigt die Gesetzgebung der einzelnen deutschen Territorien. Es blieb daher der Wissenschaft und Praxis überlassen, die rechtliche Natur der fraglichen Geschäfte festzustellen, um die positiven Normen der geltenden Rechte auf sie zur Anwendung bringen zu können.

Wie einleitend gezeigt wurde, unterscheidet sich das reine vom verdeckten Differenzgeschäft dadurch, dass bei beiden das wesentliche Geschäftsmerkmal, die Absicht blosser Differenzzahlung, in ganz verschiedener Weise zum Ausdruck gelangt. Die hieraus resultierende Verschiedenheit des Vertragsinhalts lässt bei der Frage nach ihrer rechtlichen Bedeutung eine getrennte Behandlung der beiden Geschäftsgattungen erforderlich erscheinen.

---

[1]) Vgl. Gareis, Die Klagbarkeit der Differenzgeschäfte S. 7.
[2]) Siehe unten S. 26.

§ 2.

Das reine Differenzgeschäft.

Dem reinen Differenzgeschäft ist die Vereinbarung wesentlich, dass ein Kursunterschied — und nur ein solcher — geleistet werden soll.

Diese Vereinbarung hat eine positive und eine negative Bedeutung.

Zunächst will sie ein obligatorisches Recht und eine entsprechende Pflicht zur Zahlung des Kursunterschiedes begründen. Ueber den Eintritt und über die Einzelheiten der realen Rechtsfolgen entscheidet dabei erst eine zukünftige Tatsache — der Stand der Kurse am Stichtage. Diese Tatsache bestimmt zunächst, ob eine Rechtsänderung überhaupt eintreten soll — dies ist nur dann der Fall, wenn eine Kursbewegung stattgefunden hat. Sie bestimmt ferner die Verteilung von Differenzgewinn und Differenzverlust: der Kontrahent, dessen Spekulation sich in ihr verwirklicht — mithin der Haussier beim Steigen, der Baissier beim Sinken der Preise gewinnt, der Gegner verliert. Endlich bestimmt sie die Höhe der Differenz, welche sich aus dem Vergleich des Kursstandes am Stichtage mit dem vereinbarten Preise ergibt.

Jene Vereinbarung hat ferner eine negative Bedeutung: sie beschränkt Recht und Pflicht auf Zahlung des Kursunterschiedes und schliesst jede weitere Rechtsfolge aus. Dies ist von Wichtigkeit für die äusserlich in Erscheinung tretende Rechtsform, in welche sich die Vereinbarung kleidet.

Das reine Differenzgeschäft tritt regelmässig in Gestalt eines effektiven Lieferungsvertrages auf. Die Willenserklärungen der Parteien sind anscheinend auf einen rechtsgültigen Zeitkauf gerichtet und bekunden — häufig durch Ausstellung von Schlussnoten be-

kräftigt — gegenüber Dritten, dass die Erklärenden sich zu beiderseitiger Kauferfüllung verbinden. Diesem scheinbar reellen und rechtsgültigen Geschäft liegt nun aber jene auf blosse Differenzzahlung abzielende Vereinbarung zu Grunde und aus ihr ergibt sich die Ausschliessung jener anscheinend übernommenen Kaufverbindlichkeiten, deren Begründung von den Kontrahenten nicht wirklich gewollt war. Hier ist offensichtlich Simulation gegeben. Die auf Kauf abzielenden Scheinerklärungen geraten demnach in Wegfall und die dem Parteiwillen allein entsprechende zweite Vereinbarung, das dissimulierte reine Differenzgeschäft, kommt zu willensgemässer Geltung. Das Gleiche gilt, wenn das dissimulierte Geschäft nicht in Gestalt einer ausdrücklichen Vereinbarung erscheint, sondern als stillschweigende Verabredung sich darstellt, welche in der Regel freilich schwer nachzuweisen sein wird.

Die äussere Geschäftsform, in welche sich das reine Differenzgeschäft hüllt, ist demnach ohne Bedeutung für den Rechtscharakter des Geschäftes selbst. In jedem Falle haben wir es also mit dem gleichen obligatorischen Vertrage zu tun, welcher im Falle eines Divergierens zwischen dem vereinbarten Preise und dem Markt- oder Börsenpreise der Stichzeit einen der Kontrahenten zur Zahlung einer Geldsumme an den anderen Kontrahenten verpflichtet, wobei ein zukünftiges, in seinem Ausfalle ungewisses Ereignis darüber zu entscheiden hat, wer der Berechtigte, wer der Verpflichtete sein und wie hoch sich die zu zahlende Geldsumme belaufen soll.

Als welcher Geschäftstypus charakterisiert sich nun aber ein solches Rechtsgeschäft?

Dem Kaufvertrage ist nicht nur schlechthin Einigung über Ware und Preis wesentlich — über beides „einigen“ sich auch die Kontrahenten beim

reinen Differenzgeschäft – sondern Einigung in dem Sinne, dass der Verkäufer die Pflicht der Lieferung und das Recht auf Preiszahlung, der Käufer das Recht auf Lieferung und die Pflicht der Preiszahlung übernimmt. Die letzteren Essentialien des Kaufvertrages sind beim reinen Differenzgeschäft aber verabredungsgemäss ausgeschlossen. Es folgt, dass es ein Kaufvertrag nicht sein kann.

Ebensowenig aber ist es auch ein Kaufvertrag mit einschränkenden Nebenabreden. So nennt es Grünhut[1]) einen Kauf, welchem ein bedingter Rückkauf- und Wiederkaufvertrag nebst vereinbarter Kompensationsausgleichung der geschuldeten Leistungen hinzugefügt seien.

Diese Auffassung verkennt den wahren Vertragsinhalt und setzt an seine Stelle eine verwickelte Kombination von Rechtsgeschäften, an welche die Parteien nicht im entferntesten gedacht haben. Im Wege einer derartigen Konstruktion liesse sich beispielsweise die Schenkung einer Geldsumme unschwer als Kaufvertrag mit Rückkauf zu verändertem Kaufpreise und Kompensationsausgleichung darstellen! Nur der reale Geschäftsinhalt kann bei der Untersuchung des Rechtscharakters eines Geschäfts in Betracht gezogen werden. Damit wird aber keineswegs bestritten, dass jene Grünhutsche Vorstellung dem tatsächlichen Geschäftswillen der Parteien entsprechen kann, sofern aus irgend einem Grunde das wirtschaftliche Ergebnis des reinen Differenzgeschäfts auf diesem Umwege erreicht werden soll.[2])

---

[1]) Grünhut in seiner Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht Bd. II S. 589, und in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. III S. 11.

[2]) Diesen Fall behandelt v. Thaer, Die Klagbarkeit der Differenzgeschäfte S. 16 f. eingehend.

Auch als Hoffnungskauf — als solchen bezeichnet es Ehrmann[1]) — kann das reine Differenzgeschäft nicht angesehen werden. Das Wesen der *emtio spei* liegt darin, dass sich der Verkäufer gegen Zahlung eines vereinbarten bestimmten Kaufpreises verpflichtet, dem Käufer die Aussicht auf einen unbestimmten Gewinn zu übertragen. Dabei ist also dem Verkäufer der Geschäftserfolg von vorneherein gesichert, nur der Käufer ist auf die Entscheidung des Zufalls angewiesen.

Ganz anders verhält sich die Sachlage beim reinen Differenzgeschäft. Hier steht eine *spes* einer anderen *spes* gegenüber — die Erfüllung der einen ist Vernichtung der anderen — beim Hoffnungskauf hingegen streichen beide Teile bei glücklichem Ausgange ihren Gewinn ein. Beim reinen Differenzgeschäft erlangt keine der beiden Parteien einen Vorteil, sobald der Kurs am Stichtage vom vereinbarten Preise nicht differiert — keine hat die sichere Stellung des *venditor spei*, welcher unter allen Umständen seinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises behält, keine aber auch die meist nicht allzu aussichtsreiche Position des Hoffnungskäufers, welcher immer zur Zahlung verpflichtet, aber nur bei günstiger Zufallsentscheidung real berechtigt ist.

Ebensowenig gerechtfertigt wie die Konstruktion als *emtio spei* erscheint die Auffassung Endemanns,[2]) nach welcher das reine Differenzgeschäft ein Tausch von Werten sein soll. Ihr liegt folgende Vorstellung zu Grunde: Der „Käufer" schuldet den Wert des vereinbarten Preises, der „Verkäufer" den Wert der Ware zur Stichzeit. Sofern eine Kursverschiebung statt-

[1]) **Ehrmann, Rechtliche Ansichten über den Handel mit Staatspapieren S. 48.**

[2]) **Endemann, Das deutsche Handelsrecht S. 529.**

gefunden hat, ist der Wert der Ware grösser oder geringer als derjenige des vereinbarten Preises. Nach erfolgter Kompensation zahlt beim Steigen des Kurses der Verkäufer dem Käufer — beim Sinken des Kurses der Käufer dem Verkäufer die restierende Differenz.

Auch diese Konstruktion wird dem wahren Willen der Parteien keineswegs gerecht. Beim reinen Differenzgeschäft bildet allein die Differenz zwischen dem vereinbarten Preise und dem Markt- oder Börsenpreise des Stichtages das *in obligatione* stehende Leistungsobjekt — der „Wert" als solcher kommt nur bei Feststellung der Differenz in Betracht. Abgesehen davon, dass juristisch ein Tauschvertrag hinsichtlich nur gedachter Objekte — „Wert" ist aber ein rein abstraktes Moment — nicht möglich ist, liegt ein solcher dem Parteiwillen völlig fern.

Das reine Differenzgeschäft ist mithin weder Kauf noch Tausch.

Der Geschäftswille zielt nicht auf beiderseitige Leistungspflicht ab, wie bei den genannten Verträgen — zwar verbindet sich jeder von beiden Kontrahenten zur Leistung für den Fall, dass die Kursschwankung zu seinen Ungunsten ausfällt; aber stets gelangt nur auf einer Seite die obligatorische Pflicht zu realer Existenz. Diese Realität der Rechtsfolgen des Geschäfts wird in ihrem ganzen Umfange durch ein zukünftiges, in seiner Entscheidung ungewisses Ereignis — den Stand der Kurse am Stichtage — bestimmt.

Hierin liegt jedoch nicht die Hinzufügung einer rechtsgeschäftlichen Bedingung.[1]) Die Bedingung stellt die Alternative zwischen dem totalen Eintritt und dem totalen Wegfall der normalen, nach Umfang und

---

[1]) Krügelstein, Ueber den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette S. 1.

Inhalt aber von vorneherein feststehenden Rechtsfolgen. Der Charakter der entscheidenden Tatsache beim reinen Differenzgeschäft ist ein wesentlich anderer — sie entscheidet hier nicht allein über das Entstehen einer realen Rechtswirkung überhaupt, sondern über jede Modalität dieser Wirkung.

Eine solche Tatsache nennen die römischen Quellen[1]) eine *alea* — Verträge, welche in ihren rechtlichen Konsequenzen von ihr modifiziert werden, bilden insgesamt die Kategorie der aleatorischen (gewagten, Glücks-) Verträge.[2])

Die *alea* ist im Glücksvertrag nicht stets von gleicher Bedeutung; bald tritt sie derartig in den Hintergrund, dass sie nur die normalen, auch ohne ihre Mitwirkung entstehenden Geschäftsfolgen in einer oder der anderen Richtung beeinflusst: bald dagegen stellt sie sich in den Mittelpunkt des ganzen Geschäfts, das nur im Hinblick auf sie eingegangen wird und dessen gesamte Bedeutung nur in ihr beruht. Zu den Verträgen der letztgenannten Art — Krügelstein[3]) bezeichnet sie als Glücksverträge im engeren Sinne — gehört Spiel, Wette und das reine Differenzgeschäft. Mit dieser Klassifikation ist jedoch die rechtliche Bedeutung des reinen Differenzgeschäfts noch nicht gekennzeichnet, da die Partikularrechte eine gemeinsame Regelung der aleatorischen Verträge oder der letztgenannten Gattung derselben nicht enthalten.

---

[1]) *l. 1 § 1 D. de aleatoribus XI, 5; l. 8 § 1 D. de contr. empt. XVIII, 1.*

[2]) **Jeder Vertrag kann zu einem aleatorischen Vertrage werden, sobald die Einzelheiten seiner Rechtsfolgen von einem ungewissen Umstande bestimmt werden sollen, ohne dass er deshalb der zugehörigen rechtsgeschäftlichen Gattung entzogen würde. Vgl. in diesem Sinne die umfassende Definition des A.L.R. T. I Tit. 11 § 257.**

[3]) **Krügelstein a. a. O. S. 10.**

Es fragt sich daher, ob das reine Differenzgeschäft sich unter den Typus eines der unter jene Kategorie fallenden Verträge unterordnen lässt — hierbei können nur Spiel und Wette in Betracht gezogen werden — oder ob es als *contractus sui generis* unmittelbar unter den Hauptbegriff des aleatorischen Vertrages sich stellt.

Die Entscheidung dieser Frage erfordert in erster Linie eine begriffliche Abgrenzung des Spiel- und Wettvertrages. Da die Partikularrechte durch Legaldefinitionen[1]) keine Anhaltspunkte bieten, so ist die Lösung des Problems stets die Aufgabe der Wissenschaft gewesen. Ihre praktische Bedeutung erhielt diese Aufgabe durch die aus dem römischen Recht stammende, gemeinrechtlich aufrechterhaltene Verschiedenheit in den Rechtsfolgen der in Frage stehenden Geschäfte.[2]) In dem Streit der Meinungen, welche sich an diese Untersuchung knüpfen, stehen sich insbesondere zwei Ansichten schroff gegenüber.

Die erste dieser beiden Anschauungen — ihr Hauptvertreter ist Thöl[3]) — findet das wesentliche Unterscheidungsmerkmal in der Tätigkeit der Beteiligten. Sie geht aus von der ursprünglichen Bedeutung der Worte *ludere* und *ludus* und stellt fest, dass die in den römischen Quellen aufgezählten Spiele stets eine Tätigkeit der Beteiligten zum Inhalte haben.[4]) „Die

[1]) Ueber die in §§ 1270, 1272 des österreichischen B.G.B. enthaltenen Definitionen, wo Spiel und Wette zusammengeworfen werden vgl. Wilda, Die Wetten, in der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft Bd. VIII S. 207.

[2]) *l. 17 § 5 D. XIX, 5.* Dagegen strebt die moderne Rechtsentwicklung nach rechtlicher Gleichstellung von Spiel und Wette und sucht so das Problem zu umgehen.

[3]) Thöl, Verkehr mit Staatspapieren S. 267 ff.

[4]) So heisst es beispielsweise in *l. 2 D. de aleatoribus XI, 5: „si quis certet hasta, pilo iaciendo, currendo, saliendo, luctando, pugnando.“ — l. 3 C. de aleatoribus III, 43.*

Tätigkeit zwischen dem Abschluss und der Entscheidung", sagt Thöl,[1]) „ist das eigentliche Spielen. Dabei ist ganz gleichgültig, ob diese Tätigkeit von längerer oder kürzerer Dauer ist; ob nur einer der Interessenten oder beide tätig sind, ... sowie auch, ob die Entscheidung lediglich durch die Interessenten herbeigeführt wird oder auch noch ausserdem der sich entweder in die Tätigkeit verwebende oder sich an dieselbe anschliessende Zufall entscheidet, so dass die Tätigkeit der Interessenten nur soweit geht, als nötig ist, damit der letztere walten könne." Man geht in Verfechtung dieser Doktrin sogar soweit, einen Spielvertrag dann noch anzunehmen, wenn zwar nicht die Beteiligten selbst, sondern ein Dritter, aber in ihrer „Vertretung" tätig ist,[2]) so z. B. der Croupier oder Bankhalter beim Roulette,[3]) welcher die Scheibe dreht. Sobald jedoch der Dritte nicht für die Spieler tätig ist, soll eine Wette vorliegen.

So unbestreitbar richtig die angeführten Ausgangspunkte der Theorie sind, so augenscheinlich wird sie auch durch einen überwiegenden Sprachgebrauch des täglichen Lebens gestützt. Aber gerade dieser Sprachgebrauch kann hier nicht von massgebender Bedeutung sein[4]) — man spricht von „Wettkampf" und „Wetteifer", von „wetten und wagen" und denkt eben dabei an eine energische, zielbewusste Tätigkeit — andrerseits kennt das tägliche Leben Glücksspiele genug, bei denen eine Tätigkeit der Beteiligten nicht in Frage kommt — und endlich vereinigen sich beide Ausdrücke im Worte „Wettspiel".

---

[1]) Thöl a. a. O. S. 267.

[2]) Krügelstein a. a. O. S. 21 Anm. 7.

[3]) Seelemann, Die Klagbarkeit der Differenzgeschäfte S. 22.

[4]) Krügelstein a. a. O. S. 35; Wilda a. a. O. S. 209. Abweichend Schuster, Das Spiel S. 216 Anm. 3.

Dass hier ferner die Scheidung der Begriffe im Einzelfalle nach einem Merkmal erfolgt, welches faktisch „sehr unbedeutend“ ist, dass daher die Anwendung der Doktrin „ähnliche Fälle als wesentlich verschieden zeigt“, erkennt Thöl[1]) selber an und bekräftigt dies noch auf das deutlichste durch Hinzufügung von Beispielen.

Die beiden Engländer, welche verabreden, dass einer dem andern eine Geldsumme zu zahlen habe, je nachdem die eine oder die andere von zwei Schnecken ein Ziel zuerst erreiche, schliessen einen Spielvertrag, wenn sie die Schnecken eigenhändig zu diesem Zwecke hingesetzt, einen Wettvertrag, wenn sie die vorgefundenen Schnecken überhaupt nicht berührt haben. „Wer die gerade oder ungerade Zahl seiner Rockknöpfe über Gewinn und Verlust entscheiden lässt, der wettet; wer die Zahl der zu diesem Zweck in die Hand genommenen Münzen entscheiden lässt, der spielt.“ [1])

Die Thölschen Beispiele zeigen zur Genüge, zu welchen Konsequenzen die praktische Durchführung eines Grundsatzes führen muss, dessen Anwendung sich in die künstlichsten Spitzfindigkeiten verliert.

Das von dieser Doktrin aufgestellte Kriterium erscheint in seiner Aeusserlichkeit und seinem unerheblichen Umfange wenig geeignet, die tiefgreifende Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung beider Geschäfte zu rechtfertigen. „Was sollten wir“, sagt Wilda[2]) zutreffend, „von einem Gesetzgeber denken, der, keinen anderen Unterschied zwischen Spiel und Wette kennend, als dass bei dem einen die Teilnehmer die Rockknöpfe in die Hand genommen, bei dem anderen

---

[1]) **Thöl a. a. O. S. 270 Anm. 63.**

[2]) **Wilda a. a. O. S. 210.**

die festgenähten nur gezählt werden müssen, jenem die Klagbarkeit entzieht, es selbst für strafbar erklärt, diese aber in der Reihe der vollwirksamen Verträge stehen lässt? Gesetzgeber und Richter würden in Gefahr kommen, zum Gespötte zu werden."

Es leuchtet demnach ein, dass die grundsätzliche Abweichung in den Rechtsfolgen des Spiel- und Wettvertrages auf ein Moment von eingreifenderer Bedeutsamkeit zurückgeführt werden muss.

Der Vertragsinhalt von Spiel und Wette ist im wesentlichen der gleiche: eine ungewisse Tatsache soll über Gewinn und Verlust entscheiden. Verschieden ist bei beiden Geschäften der Zweck, dessen Vorstellung die Parteien zum Geschäftsschlusse bestimmt.

Der Wette geht ein Streit entgegengesetzter Behauptungen vorher — dieses Merkmal wird von den meisten Schriftstellern anerkannt[1]) — und die Richtigkeit dieser Behauptungen bildet die Tatsache, welche über Gewinn und Verlust entscheidet. Der Meinungsstreit ist nun aber nicht nur objektiv Ausgangspunkt des Wettvertrages, sondern er bildet auch subjektiv Zweck und Veranlassung des ganzen Geschäfts. Ist der rechtliche Erfolg auch Gewinn- und Verlustverteilung, so ist es dennoch nicht die Aussicht auf den Vermögensvorteil, welche die Kontrahenten zum Abschlusse des Wettvertrages bestimmt. Lediglich das Streben, die Wahrheit und die ernstliche Ueberzeugung von der Richtigkeit der aufgestellten Behauptungen dadurch darzutun und zu bekräftigen, dass an ihre Entscheidung ein Vermögensgewinn und -verlust geknüpft wird, veranlasst die Wettenden zu ihrer Ver-

[1]) Auch von Thöl, der es jedoch über dem Tätigkeitsmerkmal vernachlässigt und ausser acht lässt: vgl. Krügelstein a. a. O. Seite 28.

abredung. In diesem Sinne charakterisiert sich der Wettvertrag als eine „Vereinbarung von Gewinn und Verlust unter entgegengesetzten Bedingungen“ zum Zweck der „Erhärtung des Ernstes der entgegengesetzten Behauptungen der Wettenden.“[1]) Tritt dagegen das Moment der Meinungsverschiedenheit soweit zurück, dass es der Spiel- und Wagesucht der Beteiligten nur als Massstab von Gewinn und Verlust dient, so liegt keine Wette mehr vor.

Hier liegt der wesentliche Unterschied zwischen Wette und Spiel.[2]) Nicht Rechthaberei bestimmt die Spieler, sondern der alleinige Zweck ihrer Abrede ist das Streben nach Unterhaltung oder nach mühelosem Gewinn zu befriedigen. Es leuchtet ein, dass ein solcher Beweggrund, der aus Zerstreuungslust leicht zur umsichgreifenden Leidenschaft führt und in seinen Folgen soziale Gefahren in sich schliesst, wohl geeignet ist, einen Gesetzgeber zur Entziehung der Rechtswirksamkeit zu veranlassen, die dem weit harmloseren Wettvertrage zugestanden werden kann.

Ist hiermit das unterscheidende Merkmal bei Spiel und Wette festgestellt, so fragt es sich, ob das reine Differenzgeschäft einem von beiden Geschäften begrifflich entspricht. Auch das reine Differenzgeschäft ist eine Vereinbarung von Gewinn und Verlust unter entgegengesetzten Bedingungen. Daher ist noch das subjektive Merkmal, der den Parteien beim Abschlusse vorschwebende Zweck, festzustellen.

Es ist unstreitig, dass der im Börsenverkehr routinierte Spekulant die Konjunkturen der Geschäftslage

---

[1]) Dernburg, Pandekten Bd. II S. 288.

[2]) Dass die Anwendung des Grundsatzes in der Praxis auf die Schwierigkeiten der Feststellung rein subjektiver Momente stossen wird, kann der Richtigkeit keinen Einhalt tun; vgl. v. Thaer a. a. O. S. 31.

— vornehmlich in Hinsicht auf ihre Abhängigkeit von politischen und wirtschaftlich bedeutsamen Faktoren — in weitmöglichstem Umfange in Berechnung zu ziehen sucht, um seine Spekulation demgemäss zu gestalten. So hofft der Haussier nicht allein auf das Steigen, der Baissier auf das Sinken der Kurse — sondern jeder hat bereits von vorneherein eine feststehende Meinung im gleichen Sinne. Bei Abschluss des reinen Differenzgeschäfts stehen sich demnach in der Regel zwei gegensätzliche Meinungen gegenüber. Dennoch kann hier von einer Wette nicht die Rede sein.[1]) Abgesehen davon, dass, wie v. Thaer[2]) zutreffend ausführt, eine Meinungsverschiedenheit an sich noch keinen Meinungsstreit bedeutet, bestimmt den Spekulanten zum Geschäftsabschlusse nicht das Bestreben, den Ernst seiner aufgestellten Behauptung zu erhärten, sondern lediglich die Aussicht auf den Differenzgewinn. Es ergibt sich gemäss unserer oben gegebenen Abgrenzung, dass sich das reine Differenzgeschäft als ein Spielvertrag darstellt.[3])

---

[1]) Dass das reine Differenzgeschäft Wette sei, vertreten Bähr, Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das deutsche Reich S. 7 § 705; Bruck, Ueber Spiel und Wette (der im übrigen jeden begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette in Abrede stellt) S. 77; Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts Bd. II S. 182 Anm. 17; Souchay, Ueber verschiedene Geschäfte mit Staatspapieren und die Frage, ob sie klagbar oder als Spiel oder Wette unklagbar sind? (In der Zeitschrift für Civilrecht und -Prozess Bd. III S. 338), der es eine unsittliche Wette nennt, mit der Begründung, dass „das Minieren und Kontreminieren" unsittlich sei, — gleich als ob das dolose vertragswidrige Verhalten der Parteien Unsittlichkeit des Rechtsgeschäfts begründete!

[2]) v. Thaer a. a. O. S. 34.

[3]) So auch Dernburg a. a. O. Bd. II S. 287 Anm. 9; v. Gagern, Die Differenzgeschäfte S. 55; Laband, Das Verbot der Differenzgeschäfte. (In der politischen Wochenschrift 1882

Dies ist auch dann der Fall, wenn der Geschäftsabschluss dem einen Kontrahenten nur dazu dienen soll, eine Sicherung gegen einen etwaigen Kursverlust in einem mit einem Dritten eingegangenen, effektiven Termingeschäft zu bilden. Der Händler, welcher es übernommen hat, an einem späteren Zeitpunkte seinem Käufer eine Quantität Spiritus zum Kurse der Lieferungszeit zu verschaffen, und ein Sinken der Spirituspreise befürchtet, schliesst, um einem hieraus resultierenden Verluste vorzubeugen, ein reines Differenzgeschäft in entgegengesetzter Richtung — er mindert so zwar den etwaigen Gewinn, den ihm das Steigen der Spirituspreise aus dem effektiven Geschäft einbringt, versichert sich jedoch gleichzeitig für den Eintritt des entgegengesetzten Falles der Differenz aus dem Gegengeschäft. Nicht seine Gewinn- und Wagesucht, sondern nur der Zweck, sich gegen Verluste aus einem effektiven Lieferungsgeschäfte zu sichern, bestimmt den Spekulanten zum Abschlusse des zweiten Geschäfts. Aus diesem Grunde wird das reine

S. 42); Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. und 4. Aufl. Art. 357 § 22; Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. III S. 438; v. Thaer a. a. O. S. 34 f.; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 8. Aufl. Bd. II S. 525 Anm. 3.

Weder für Spiel noch für Wette entscheiden sich Brückner, Der Differenzhandel an der Börse S. 23, nach welchem es „einen der neueren Zeit angehörigen eigentümlichen Vertrag" darstellt; Gareis, Die Klagbarkeit der Differenzgeschäfte S. 22, Das deutsche Handelsrecht 5. Aufl. S. 491; v. Gerber, System des deutschen Privatrechts S. 352, der es als eine nicht verbotene Art der bedingten Verträge (Sponsionen) bezeichnet; Krügelstein a. a. O. S. 72, der es auch deshalb nicht unter Spiel oder Wette stellt, weil „kein bestimmter Einsatz stattfindet" (gegen letzteres Argument vgl. v. Thaer a. a. O. S. 37) und es für eine Art der *sponsio* erklärt; Stobbe a. a. O. Bd. III S. 438, welcher es als einen eigenartigen gewagten Vertrag bezeichnet; Thöl a. a. O. S. 269, welcher im übrigen schwankt, ob es eine Wette sei und es für eine Art der *sponsio* hält.

Differenzgeschäft — z. B. von Kohler[1]) und von Stobbe-Lehmann[2]) — in solchem Falle für einen reellen Vertrag, gleichsam für einen Versicherungsvertrag, erklärt, auf welchen die Klaglosigkeit des Spieles keine Anwendung finden dürfe.

Aus dem gleichen Grunde hält es die Börsen-Enquête-Kommision[3]) *de lege ferenda* für bedenklich, das reine Differenzgeschäft schlechthin als Spiel zu behandeln.

So berechtigt auch die letztgenannte Erwägung sein mag und so wenig das wirtschaftliche Leben geneigt sein wird, im vorliegenden Falle ein Spiel zu sehen, muss in Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung dennoch auch hier ein Spielvertrag als vorliegend erachtet werden.

Dass eine und dieselbe Tatsache gleichzeitig Verlust aus dem reinen Differenzgeschäft und Gewinn aus dem effektiven Lieferungsvertrage herbeiführt, ist für den Rechtscharakter beider Einzelgeschäfte ebenso belanglos, wie der Umstand, dass der etwaige Gewinn aus dem einen zur Deckung eines Verlustes aus einem zweiten Geschäfte dienen soll. Der entferntere Zweck — die Verwendung des Gewinnes — ändert die Natur des Vertrages nicht. Der nächste Zweck — die Erlangung des Gewinnes — ist allein massgebend. Mithin ist auch in diesem Falle ein Spielvertrag gegeben.

Es knüpfen sich demnach an den Tatbestand des reinen Differenzgeschäfts die Rechtsfolgen des Spielvertrages, welche sich aus den positiven Normen der Partikularrechte ergeben.

---

[1]) Kohler, Ueber das Börsenspiel. In Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen Jahrg. III S. 47.

[2]) Stobbe-Lehmann a. a. O. Bd. III S. 438.

[3]) Bericht der Börsen-Enquête-Kommission S. 136.

Die rechtliche Behandlung des Spieles im gemeinen Rechte folgt nur zum Teil den römischen Quellen.

Das römische Recht[1]) verbot das Glücksspiel grundsätzlich. Mit Ausnahme gewisser erlaubter Spiele — zu ihnen gehören Kampfspiele *virtutis causa*[2]) ferner fünf in *l. 1 C. III, 43* genannte Spiele mit dem Maximaleinsatz von einem Solidus, sowie Unterhaltungsspiele um das *quod in convivio vescendi causa ponitur*[3]) — war der Spielvertrag demnach nichtig. Die Spielschuld war mithin unklagbar und das zu ihrer Erfüllung Gezahlte konnte fünfzig Jahre hindurch zurückgefordert werden.

Auch das deutsche Recht entzog überwiegend dem Spielvertrage die Klagbarkeit, erkannte jedoch die Begründung einer natürlichen Verbindlichkeit an, daher die Rückforderung bezahlter Spielverluste ausgeschlossen war.[4])

Der letztgenannte Grundsatz ist in das gemeine Recht übergegangen.[5]) Danach erzeugt der Spielvertrag — soweit es sich nicht um strafrechtlich verbotenes Spiel[6]) handelt — natürliche Verbindlichkeiten. Mithin kann die Spielforderung weder durch Klage, noch durch Kompensation geltend gemacht werden.

---

[1]) *D. XI, 5 de aleatoribus. — C. III, 43 de aleatoribus et alearum lusu.*

[2]) *l. 2 § 1 D. XI, 5.*

[3]) *l. 4 pr. D. XI, 5.*

[4]) v. Gerber a. a. O. S. 375.

[5]) Dernburg a. a. O. Bd. II S. 286; R.G.Entsch. Bd. XXXIX S. 163; Wilda, Die Lehre von dem Spiel aus dem deutschen Rechte neu begründet Bd. II S. 189. Abweichend Windscheid a. a. O. § 419, welchem auch Staub a. a. O. 3. und 4. Aufl. Art. 357 § 22a folgt.

[6]) St.G.B. §§ 284, 360 Z. 14. — Strafrechtlich verbotenes Spiel ist absolut nichtig und daher ohne jede Rechtswirkung.

Die Bürgschaftsübernahme für Spielschulden ist ohne verbindliche Kraft. Dem auf das Spiel gegründeten Schuldversprechen, insbesondere dem Wechsel, steht — ausser gegenüber redlichen dritten Erwerbern [1]) — der Spieleinwand entgegen. Das zur Erfüllung der Spielschuld Geleistete, oder an Zahlungs Statt Gegebene kann — den Fall eines Betruges ausgenommen — nicht zurückgefordert werden. [2]) Auch das zum Zwecke erlaubten Spieles gegebene Darlehen ist vollwirksam. [3])

Auch das preussische Recht folgt der deutschen Rechtsanschauung. Während die Wette gemäss A.L.R. T. I. Tt. 11 § 579 klagbar ist, wenn sie, „sogleich bar gesetzt oder entweder gerichtlich oder in Verwahrung eines Dritten niedergelegt worden", bestimmt § 577: „Wegen Spielschulden findet keine gerichtliche Klage statt", und § 578: „Was aber jemand in erlaubten Spielen verloren und wirklich bezahlt hat, kann er nicht zurückfordern". Die Erfüllung der Spielschuld kann mithin weder durch Klage noch durch Kompensation — diese setzt Rechtsgültigkeit der Schuld voraus [4]) — erzwungen werden; sie kann es ebensowenig durch Bürgschaftsübernahme, Schuldschein- und Wechselausstellung. Auch das zu Spielzwecken ausdrücklich verlangte und gegebene Darlehen bleibt gemäss T. I. Tt. 11 § 581 klaglos.

Im Geltungsgebiet des rheinisch-französischen Rechts begründen Wette und Spiel gemäss *code civil,*

---

[1]) Art. 82 der Wechselordnung.

[2]) Die Wette ist dagegen, sofern ihr Inhalt nicht *contra bonos mores* verstösst, absolut klagbar. Nach Windscheid a. a. O. § 419 soll auch das sich in den Grenzen geselliger Unterhaltung haltende Spiel volle Rechtswirkungen erzeugen.

[3]) Dernburg a. a. O. Bd. II § 85 Anm. 7.

[4]) Dernburg, Preussisches Privatrecht Bd. II § 158 Note 16; Förster-Eccius a. a. O. Bd. II § 133; R.G.Entsch. Bd. I S. 130.

Art. 1965 und 1967[1]) nur natürliche Verbindlichkeiten: Der Gewinn kann nicht eingeklagt und das Geleistete nur im Falle eines Betruges von Seiten des Gewinners zurückverlangt werden.[2])

Die Anwendung der genannten Spielnormen auf das reine Differenzgeschäft ergibt in erster Linie, dass der gewinnende Spekulant seinen vertragsmässigen Anspruch auf die Kursdifferenz nicht im Wege der Klage geltend zu machen befugt ist, andrerseits aber auch der verlierende Gegner die freiwillig vollzogene Leistung nicht zurückverlangen kann.

Die entsprechende Behandlung erfährt das Geschäft im sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch, welches, wie bereits erwähnt, die einzige partikularrechtliche Kodifikation ist, die eine positive Bestimmung über derartige Differenzgeschäfte enthält. § 1482 bestimmt: „Ein Vertrag, nach welchem der Eine dem Andern den Unterschied zwischen dem angenommenen Preise einer Sache und dem Marktpreise oder Kurse, welchen sie zu einer bestimmten Zeit gehabt habe oder haben werde, zahlen soll, ist nach den Vorschriften über Spiel und Wette zu beurteilen. Dies gilt insbesondere von einem Lieferungskaufe, welcher nur zum Schein auf Lieferung zu einer gewissen Zeit gerichtet ist und bei welchem die Absicht der Vertragschliessenden nur

---

[1]) Art. 1965: *La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari;* Art. 1967: *Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu de la part du gagnant dol supercherie ou escroquerie;* vgl. auch R.O.H. Entsch. Bd. XIV S. 273.

[2]) Die Wirksamkeit des Art. 1965 für Differenzgeschäfte wurde übrigens in Frankreich durch das Gesetz vom 8. April 1885 dahin eingeschränkt, dass der Spieleinwand gegenüber den Termingeschäften in der Regel ausgeschlossen ist. Hierüber vgl. Wiener, Das Differenzgeschäft vom Standpunkt der jetzigen Rechtsprechung S. 4 ff.

dahin geht, dass der Unterschied zwischen dem vereinbarten Kaufpreise und dem Marktpreise oder Kurse zur scheinbaren Lieferungszeit von dem Einen dem Andern vergütet werden soll.“ Spiel und Wette begründen nach § 1480 des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs wie in den oben aufgeführten Kodifikationen lediglich eine natürliche Verbindlichkeit. Doch wird gemäss § 1399 durch ein Anerkenntnis — gegen welches nur die Einrede, dass ihm ein gesetzlich verbotenes Schuldverhältnis zu Grunde liege, zulässig ist — gemäss § 1399 der Mangel der Klagbarkeit geheilt.[1])

Allein das Frankfurter Recht[2]) erklärte das Differenzgeschäft für klagbar, während dagegen die Hamburger Fallitenordnung vom 31. August 1751 die Differenzspekulation und allen sonstigen „Windhandel“ verbot.[3])

Das reine Differenzgeschäft ist demnach den meisten Partikularrechten zufolge nicht klagbar.

§ 3.

Das verdeckte Differenzgeschäft.

Ganz anders verhält es sich dagegen mit der rechtlichen Bedeutung derjenigen Geschäfte, welche zwar unter die Kategorie der Differenzgeschäfte im Rechtssinne fallen, sich aber von dem bisher behandelten reinen Differenzgeschäft dadurch unterscheiden, dass sie einen Ausschliessungsvertrag hinsichtlich der obligatorischen Kaufverbindlichkeiten nicht enthalten.

---

[1]) R.O.H. Entsch. Bd. XVII S. 322.

[2]) R.O.H. Entsch. Bd. XV S. 278.

[3]) Die Praxis der Hamburger Gerichte steht hierzu allerdings in vollem Gegensatz: vgl. Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 23. November 1886: Hanseatische Gerichtszeitung 1888 S. 116 und Goldschmidts Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. XXXVIII Rechtspr. 272.

Da die beim Vertragsschlusse bestehende Absicht, das Geschäft lediglich durch Differenzzahlung zu erledigen, mithin hier nicht zum massgebenden Vertragsinhalt wird, demnach in der Regel schwer oder überhaupt nicht erkennbar ist, bezeichnet man[1]) den vorliegenden Vertrag als verdecktes Differenzgeschäft.

Hier sind verschiedene Fälle denkbar. Die Absicht, das Geschäft durch blosse Zahlung des Kursunterschiedes zu erledigen, kann zunächst bei beiden Kontrahenten vorliegen, beiden erkennbar, von beiden erkannt sein. In tatsächlicher Beziehung und in Hinsicht auf den wirtschaftlichen Geschäftserfolg nähert sich das verdeckte Differenzgeschäft in solchem Falle dem reinen Differenzgeschäft sehr wesentlich, umsomehr als bei diesem die stillschweigende Vereinbarung genügt.

Dennoch ergibt sich rechtlich eine eingreifende Verschiedenheit. Die sich entsprechenden Willenserklärungen, welche den Vertrag bilden, erzeugen kraft objektiven Rechtes unmittelbar die Rechtsfolgen, auf welche der rechtsgeschäftliche Wille abzielte, d. h. die Uebernahme der Verpflichtungen. Der auf Erledigung des Geschäfts gerichteten Absicht — auch wenn sie bei beiden Vertragschliessenden vorlag — kommt, soweit sie nicht zum erklärten Verpflichtungswillen wird, eine derartige rechtserzeugende Kraft nicht zu — sie hat nur eine tatsächliche Bedeutung. Die Absicht, das eingegangene Kaufgeschäft durch Differenzzahlung zu erledigen, beeinträchtigt die Rechtsfolgen dieses Geschäfts keineswegs und begründet weder ein Recht noch eine Pflicht hinsichtlich der blossen Differenzzahlung.

---

[1]) z. B. Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. II, 2 S. 144. Diese Bezeichnung ist freilich insofern irreführend, als manche darunter ein reines Differenzgeschäft verstehen, welches sich in die Rechtsform eines reellen Lieferungsvertrages kleidet.

Die Rechtslage bleibt mithin von jener Absicht unbeeinflusst. Es ist demnach rechtlich belanglos, ob diese bei beiden Teilen oder nur auf der einen Seite zutrifft, ob sie dem Gegner bekannt oder nicht bekannt, erkennbar oder nicht erkennbar war.

Werden danach die normalen Rechtsfolgen des Lieferungsgeschäfts nicht berührt, so bleiben Recht und Pflicht effektiver Erfüllung gewahrt. Der Käufer kann am Stichtage Lieferung des Kaufobjekts, der Verkäufer Abnahme und Zahlung des vollen Kaufpreises verlangen. Gleichwohl ist das tatsächliche wirtschaftliche Ergebnis des verdeckten Differenzgeschäfts in der Regel das gleiche wie beim reinen Differenzgeschäft. Besteht die Absicht blosser Differenzzahlung auf beiden Seiten. so ist es von vorneherein klar, dass die Erledigung des Geschäfts in der dieser beiderseitigen Absicht entsprechenden Weise erfolgen wird. Aber häufig genug wird auch der auf Effektiverfüllung rechnende Kontrahent sich mit der auf blosse Differenzzahlung gerichteten Absicht des Gegners bei der leichten Deckungsmöglichkeit des Börsenverkehrs einverstanden erklären.

Es ist daher begreiflich, dass auch *de lege lata* von verschiedenen Gesichtspunkten aus versucht wurde, jene wegen ihres Spielcharakters bedenklichen Verträge in ihrer Wirksamkeit einzuschränken und dem reinen Differenzgeschäft gleichzustellen.

In Theorie und Praxis hat sich nicht selten die Tendenz bemerkbar gemacht, Rechtsgeschäfte als simuliert[1]) für nichtig zu erklären, wenn sie zwar ernstlich und in gesetzlich zulässiger Form geschlossen, dennoch auf ein wirtschaftliches Resultat abzielten, welches die Rechtsordnung durch Einschrän-

[1]) Vgl. Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen S. 59 ff.; Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation.

kung des normalen Weges zu unterdrücken suchte. Auch das verdeckte Differenzgeschäft ist ein solcher Vertrag, welcher durch seine legitime Form — als Kauf — die rechtliche Unwirksamkeit des Spiels umgeht, welchem es im Ergebnis sich nähert.

Die Unterdrückung solcher Geschäfte vom Gesichtspunkte der Simulation ist nun aber keineswegs gerechtfertigt. Bei der simulierten Willenserklärung besteht ein dem Erklärenden bewusster und dem Gegner bekannter Zwiespalt zwischen Willen und Erklärung. Wie schon oben erwähnt, zielt nun aber der rechtsgeschäftliche Wille auf die unmittelbaren Rechtsfolgen ab, welche sich kraft objektiven Rechts an die Privatwillenserklärung knüpfen — beim obligatorischen Vertrage mithin auf das Entstehen der Verbindlichkeit. Die Absicht, welche dem verdeckten Differenzgeschäft wesentlich ist, betrifft aber nicht die Uebernahme der Verbindlichkeit, sondern ihre Erfüllung. Ihr Gegenstand ist mithin nicht identisch mit demjenigen des Geschäftswillens, mit anderen Worten: sich den Folgen seiner eingegangen Verpflichtung möglichst entziehen wollen ist nicht gleichbedeutend mit „sich nicht verpflichten wollen“. Oder kann z. B. ein Darlehensvertrag deshalb für nichtig erachtet werden, weil der Empfänger von vorneherein hofft, er werde sich der Erfüllungspflicht möglichst entziehen können und der Geber diese geheime Hoffnung kennt?

Wille und Erklärung im verdeckten Differenzgeschäft sind auf das gleiche Ziel, Uebernahme der

---

In den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. XVI § 4 S. 140; Pfaff, Zur Lehre vom sogenannten *in fraudem legis agere* S. 89 f.; Simon, Zur Frage der Klagbarkeit der sogenannten Differenzgeschäfte. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd XXXXI Seite 482.

Kaufverbindlichkeiten, gerichtet. Die Differenzabsicht allein ist mithin nicht geeignet, die Annahme einer Simulation oder einer Mentalreservation zu rechtfertigen, da ein Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung notwendig nicht vorliegt.[1])

Hiermit wird jedoch keineswegs in Abrede gestellt, dass auch beim verdeckten Differenzgeschäft, bei dem die Absicht nicht als übereinstimmende Willenserklärung zum Ausdruck gelangt, die Simulation begrifflich möglich ist. Sie würde dann gegeben sein, wenn der tatsächliche Verpflichtungswille sich in Einklang mit der Absicht, in Widerspruch mit der Erklärung stellt. Doch bleibt dieser Fall hier praktisch belanglos, da nach Wegfall des simulierten Kaufvertrages ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht mehr bestehen würde; das Gleiche gilt von der einseitigen, dem Gegner bekannten oder erkennbaren Mentalreservation.

Vermag die blosse Absicht, lediglich die Kursdifferenz zu zahlen, an sich die Annahme einer Simulation des Kaufvertrages nicht zu rechtfertigen, so tut auch der Spielcharakter, welcher dem Geschäft vermöge jener Absicht innewohnt, seiner Rechtswirksamkeit *de lege lata* keinen Einhalt.

Der Begriff des Spiels im wirtschaftlichen Leben ist ein anderer[2]) als im Rechtssystem. Spiel in seiner juristischen Bedeutung ist nicht — wie die gemeinrechtliche Schenkung nach Ansicht zahlreicher Pandektisten[3]) im allgemeinen Teile des Civilrechts ihre

[1]) Anders verhält es sich dagegen mit dem von Kohler, Börsenspiel S. 52 behandelten „kombinierten Differenzgeschäft", bei welchem die Kaufverbindlichkeiten durch einen gleichzeitig eingegangenen Rückkauf tatsächlich aufgehoben werden. Ueber diesen Fall vergl. Trumpler a. a. O. S. 448.

[2]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 43.

[3]) Insbesondere v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. IV S. 2; v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten

Stellung im System findet — eine rechtliche Qualität, welche verschiedenen Rechtsgeschäften innewohnen kann, sondern es stellt sich als eine selbständige, abgegrenzte Vertragsform[1]) dar im Gegensatz zu den übrigen Verträgen des Obligationenrechts. Wo also ein Kauf vorliegt, kann ein Spielvertrag in diesem Sinne nicht gegeben sein — auch dann nicht, wenn, wie hier, die Rechtsfolgen dieses Kaufes „durch Nichterfüllung", wie Kohler[2]) sich ausdrückt, „zum toten Buchstaben werden."

Eine wesentlich andere Bedeutung hat das Wort „Spiel" im Sprachgebrauch des wirtschaftlichen Lebens. Jedes Wagnis, dessen Gewinn nicht als die Frucht sozial nützlicher Arbeit erscheint und zu der aufgewandten Mühe in keinem Verhältnis steht, jede Spekulation, welche ein übergrosses Risiko auf sich nimmt und deren Verlauf sich der normalen Berechnung entzieht, ist Spiel in der wirtschaftlichen Bedeutung des Wortes. In diesem Sinne sind die Lieferungsgeschäfte des Börsenverkehrs mehr oder minder Spiel, fast jeder obligatorische Vertrag kann zum Spiel werden — der Rechtscharakter des Geschäfts bleibt dennoch unberührt. Er bleibt es auch dann, wenn die Kontrahenten die Rechtsfolgen ihrer Willenserklärungen lediglich zur Befriedigung ihrer Wagesucht benutzen wollen. „Es kann", sagt Dernburg[3]) in diesem Sinne, „nicht genügen, dass die Beteiligten subjektiv der Spiellust fröhnen, um ein Geschäft, das nach seinen Bestimmungen als ein ernstes erscheint, als Spiel in

---

Bd. I § 121. Dagegen Windscheid a. a. O. Bd. II § 365 Note 18.

[1]) von der Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenrechte S. 328.

[2]) Kohler a. a. O. S. 44.

[3]) Dernburg a. a. O. S. 287.

Frage zu stellen. Damit wäre die Sicherheit des Verkehrs bedroht.“ Zum Spiel im wirtschaftlichen Sinne bildet die legitime Handelsspekulation den Gegensatz — die Grenzziehung zwischen beiden ist schwierig und schwankend[1]) — dem Spielvertrage im Rechtssinne steht jeder andere obligatorische Vertrag gegenüber. Das verdeckte Differenzgeschäft ist aber ein ernstlicher Kauf. Sein wirtschaftlicher Spielcharakter lässt es demgemäss nicht als Spielvertrag erscheinen.

Gleichwohl ist es fraglich, ob sich nicht dennoch an seinen Abschluss die Rechtsfolgen des Spielvertrages knüpfen — und zwar vom Gesichtspunkte des Umgehungsgeschäfts.

Die Rechtsordnung bestimmt, dass der Spielvertrag nur eine natürliche Verbindlichkeit begründet. Knüpft sie so an einen festumgrenzten Tatbestand bestimmte Rechtsfolgen, so will sie damit nicht nur ein rechtliches Resultat — die Klage aus dem Spielvertrage — sondern auch ein wirtschaftliches Resultat[2]) — die Klagbarkeit des Spielgewinnes überhaupt — unterdrücken. Weil nun aber der Abschluss eines Spielvertrages der nächste und der regelmässige Weg ist, welcher zur Erzielung jenes gesetzlich missbilligten, wirtschaftlichen Ergebnisses führt, so beschränkt sich das Gesetz in seiner positiven Norm auf diesen engeren Tatbestand.

Wer juristisch kauft, um wirtschaftlich zu spielen, umgeht die genannte Rechtsform, und erreicht jenes, von der Rechtsordnung perhorreszierte Resultat, die Klagbarkeit eines Spielgewinnes, auf einem Wege,

---

[1]) Kohler a. a. O. S. 45 sieht das Kriterium in dem bewirkten Güterumsatz; vgl. auch Simon a. a. O. S. 468; Spitzer, Die Differenzgeschäfte und die neue Gerichtspraxis in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht Bd. XXIII S. 112; Wiener a. a. O. S. 45.

[2]) Bähr a. a. O. S. 57.

welchen der gesetzliche Tatbestand der Spielvorschrift nicht mitumfasst — er scheint mithin *in fraudem legis* zu handeln, indem er *salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.*[1]) Man hat hieraus folgern wollen — die Hauptvertreter dieser Meinung sind Kohler[2]) und Bähr[3]) — dass das verdeckte Differenzgeschäft als Umgehungsgeschäft dem Spielvertrage als dem umgangenen Geschäft in seinen Rechtsfolgen gleichzustellen sei. Es fragt sich, inwieweit diese Auffassung begründet ist.

Es ist wiederholt davon die Rede gewesen, dass das verdeckte Differenzgeschäft in erster Linie deshalb als wirtschaftliches Spiel erscheint, weil die Parteiabsicht im Gegensatz zum Vertragswillen sich auf Zahlung der Differenz, auf Zahlung eines Spielgewinnes, richtet. Doch gerade in dieser Beziehung kann von einer Umgehung der gesetzlichen Bestimmung über die Klaglosigkeit des Spieles nicht die Rede sein. Die Absicht der Differenzzahlung begründet, wie oben gezeigt wurde, weder Recht noch Pflicht, geschweige denn eine Klage auf Leistung des blossen Kursunterschiedes. Eine Klage ist vielmehr nur hinsichtlich der effektiven Lieferung und der vollen Zahlung des Kaufpreises begründet. Die Differenzregulierung dagegen ist keine Handlung *in fraudem legis* — nur die Klagbarkeit des Spielgewinnes widerspricht dem Willen des Gesetzes, nicht aber die freiwillige Erfüllung der Spielschuld.

Nur unter einem anderen Gesichtspunkte kann hier von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden. Auch ohne dass einer der Kontrahenten es von vorne-

---

[1]) *l. 29 D. de leg. I, 3.*

[2]) Kohler a. a. O. S. 44.

[3]) Bähr, Das Börsenspiel und die Gerichtspraxis S. 10.

herein auf blosse Differenzzahlung abgesehen hat, kann der Lieferungskauf ein Spiel im wirtschaftlichen Sinne sein. Gewinn und Verlust ist auch in solchem Falle die Differenz zweier Werte — sie wird in der Regel derjenigen Differenz an Wert entsprechen, auf deren alleinige Zahlung beim verdeckten Differenzgeschäft die Parteiabsicht abzielte. Auf die Differenz in diesem Sinne kann allerdings aus dem Kaufvertrage geklagt werden, freilich nur insofern, als sie sich als ein Teil der Kaufsumme bezw. als ein Teil des Wertes des Kaufobjektes darstellt. Es ist hiernach selbstverständlich, dass unter diesem Gesichtspunkte Differenzgeschäfte im Rechtssinne sowohl wie Differenzgeschäfte im wirtschaftlichen Sinne als wirtschaftliches Spiel, mithin als zur Umgehung der gesetzlichen Spielvorschrift abgeschlossen angesehen werden können. In diesem Sinne kann jeder Vertrag, dessen Bestimmungen ihn als sozial bedeutungslos, als ein für die Gesamtheit nutzloses Spiel um Gewinn und Verlust erscheinen lassen, ein Umgehungsgeschäft genannt werden, sobald sein Abschluss an sich klagbare Verbindlichkeiten hervorbringt. Es fragt sich aber, ob das Umgehungsgeschäft in seinen Rechtsfolgen dem umgangenen Geschäft gleichzustellen ist.

Nicht jedes Rechtsgeschäft, welches dem wirtschaftlichen Zweck eines Gesetzes zuwiderläuft, ohne seinen Tatbestand zu erfüllen, kann schlechthin der einschränkenden Vorschrift des umgangenen Gesetzes unterstellt werden. Die Anwendung eines so allgemein gefassten Grundsatzes würde nicht allein, wie Staub[1]) im einzelnen ausführt, die gesetzlichen Begriffsbestimmungen überflüssig machen, die gesetzlichen Tatbestände zu Beispielen herabdrücken, die Bedeutung

[1]) Staub a. a. O. 6. und 7. Aufl., Exkurs zu § 376 Anm. 3.

der gesetzgeberischen Formulierung der Rechtssätze mindern oder aufheben und die Rechtssicherheit bedrohen — sie würde auch eine weitgehende Hemmung des freien Verkehrs zur Folge haben.

Denn gerade die Entwicklung des Verkehrs in ihrem Streben nach Durchbrechung des starren Formalismus des alten Rechts und nach Einführung zwangloserer Rechtswege pflegt sich des Umgehungsgeschäfts als ihres wirksamsten Mittels zu bedienen. In dieser Hinsicht bietet die Ausgestaltung des römischen Zwölftafelrechts — insbesondere in der Fortbildung der Mancipationsform — sowie auch die mannigfaltige Umgehung des kanonischrechtlichen Zinsverbots die deutlichsten Beispiele.[1])

Auch die in Praxis und Gesetzgebung herrschende Auffassung hat den allgemeinen Satz von der Unwirksamkeit aller Umgehungsgeschäfte schlechthin nicht angenommen. Dies erhellt z. B. aus der Tatsache, dass die Anwendung des Wuchergesetzes vom 19. Juni 1893 gesetzlich ausgedehnt werden musste auf jedes „andere zweiseitige Rechtsgeschäft, welches denselben wirtschaftlichen Zwecken dienen soll", wie die von jenem Gesetz ausdrücklich namhaft gemachten Geschäfte.[2]) Auch in dem Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 hielt der Gesetzgeber eine ausdrückliche Vorschrift über „Verträge, welche darauf abzielen, die Zwecke eines Abzahlungsgeschäfts in einer anderen Rechtsform, insbesondere durch mietweise Ueberlassung der Sache zu erreichen",[3]) für erforderlich. Kann man aber auch andrerseits nicht soweit gehen, alle

---

[1]) Simon a. a. O. S. 487.

[2]) Jetzt St.G.B. § 302a.

[3]) § 6 dieses Gesetzes; s. a. Begründung des Entwurfs Seite 11.

Umgehungsgeschäfte, soweit sie auch bei extensiver Interpretation nicht unter den gesetzlichen Tatbestand der umgangenen Rechtsnorm fallen, deshalb schlechthin für vollwirksam zu erklären, so muss immerhin in erster Linie an dem Grundsatze festgehalten werden, dass die Umgehung nur bei Gesetzen ganz bestimmter Art die Unverbindlichkeit des *in fraudem* geschlossenen Geschäfts zur Folge habe. Man hat diese Einwirkung nur bei Umgehung verbietender Rechtsnormen anerkennen wollen -- diesen Standpunkt vertreten Hölder,[1]) Baron,[2]) Endemann[3]) und die Motive zum sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche.[4]) Die Letzteren erachten es für „überflüssig", diese Einschränkung im Gesetze „besonders hervorzuheben", wo dieses (§ 80 sächs. B.G.B.) ganz allgemein das *in fraudem legis* dem *contra legem* gleichstellt; eine Begründung geben die Motive nicht.

Anlass zu dieser Auffassung bietet allerdings der Wortlaut der in den römischen Quellen gegebenen Definitionen. So heisst es in *l. 29 D. I, 3 de leg.: „contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem vero qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit"* und in *l. 30 eod.: „fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit"* — wobei die Worte *„prohibet"* und *„vetuit"* auf Verbotsgesetze schliessen lassen. Auch kann nicht geleugnet werden, dass die hauptsächlichsten, insbesondere die meisten der in Quellen genannten Fälle des *agere in fraudem legis* die Umgehung von Verbotsgesetzen zum Inhalt haben.

---

[1]) Hölder, Institutionen des römischen Rechts S. 8.

[2]) Baron, Pandekten § 61 S. 103.

[3]) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I S. 40. Auch Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I S. 205 scheint diese Auffassung zu teilen.

[4]) § 80.

Aber diese Einschränkung geht offensichtlich zu weit. Auch die Quellen kennen den Fall, dass die Umgehung eines Gebotes dem Geschäft seine Gültigkeit entzieht, wie beispielsweise die von Barthelmes[1]) angeführte Stelle Ulpians[2]) lehrt. Es ist nicht einzusehen, warum eine Rechtshandlung, welche eine gebietende Norm umgeht, wirksam sein, die Umgehung des Verbotsgesetzes allein ohne bindende Kraft bleiben soll. So spricht sich schon Donellus[3]) für die Ausdehnung des *in fraudem legis agere* auf Gebotsgesetze aus,[4]) leugnet aber andrerseits die Anwendbarkeit auf andere als Gebots- und Verbotsgesetze. Letzteres kann auch noch heute als das herrschende Prinzip bezeichnet werden — es entspricht auch der Auffassung des Reichsgerichts,[5]) welches in den Gründen des Urteils vom 2. Juni 1890 ausführt: „ . . . . von einer Umgehung kann man überhaupt nur in Beziehung auf verbietende oder gebietende Gesetze, d. h. auf solche Gesetze, welche eine Unterlassung oder unter bestimmten Voraussetzungen eine Handlung vorschreiben, sprechen."

Die Rechtsnorm von der Klaglosigkeit des Spielvertrags enthält nun aber weder ein Gebot noch ein Verbot. Das Spielverbot des römischen Rechts, nach welchem der Spielvertrag grundsätzlich nichtig ist, ist, wie oben erwähnt wurde, nicht zum gemeinen Recht geworden. Ein Spielverbot besteht nur noch in den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs und dieses bedroht

---

[1]) Barthelmes, Das Handeln *in fraudem legis* S. 5.

[2]) *l. 16 D. 37, 14 de iure pat.*

[3]) Donellus Bd. I Kap. XVII § 3, zitiert bei Pfaff a. a. O. Seite 79.

[4]) *„nam quae lex iubet quid fieri, simul omitti vetat: ut contra quae vetat, ab eo quod vetat, abstineri iubet, ut diximus in definitione iuris".*

[5]) R.G.Entsch. Bd. XXVI S. 184.

nur unter gewissen Voraussetzungen — namentlich bei Gewerbsmässigkeit — das Glücksspiel. Das gemeine Recht folgt in Uebereinstimmung mit den meisten deutschen Partikulargesetzgebungen dem deutschrechtlichen Grundsatze, dass Spielschulden als Ehrenschulden zahlbar, nicht klagbar seien. Hiernach soll nur der gerichtliche Schutz einer Tätigkeit versagt bleiben, welche wirtschaftlich bedeutungslos und nutzlos ist — aber die Spielforderungen, welche die gesellschaftliche Anschauung für zwingend erachtet, erkennt auch das Gesetz an, indem es dem Verlierer die Rückforderung des Gezahlten versagt, die es dem aus verbotenem Geschäft Leistenden zugesteht. Das Recht duldet das Spiel, aber es will, wie Cosack[1]) sich ausdrückt, „mit dem Spiele nichts zu tun haben."

Wer also rechtlich kauft, wirtschaftlich spielt, umgeht kein verbietendes und kein gebietendes Gesetz. Ist mithin auch die Tatsache einer Umgehung gegeben, so bleibt sie hier ohne Bedeutung für die rechtliche Behandlung des Umgehungsgeschäfts, weil die erste Voraussetzung — das Vorliegen einer gebietenden oder verbietenden Norm — nicht gegeben ist.

Die weitere Frage, welche ferneren Voraussetzungen die Umgehung eines Gebots oder Verbots erfordert, um die betreffende Rechtshandlung als unwirksam erscheinen zu lassen, ist für die vorliegende Untersuchung mithin belanglos. Kohler[2]) verweist uns in dieser Beziehung auf die Gesetzesauslegung: „Bezieht sich das Gesetz auf das von ihm genannte Rechtsgeschäft als solches oder auf das Zweckbestreben, welches sich nur typisch in dem betreffenden Rechts-

---

[1]) Cosack a. a. O. Bd. I S. 566.

[2]) Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation Seite 144.

geschäfte ausprägt?“ [1]) Aehnlich äussert sich Staub,[2]) welcher „an der Hand der Entstehungsgeschichte des Gesetzes oder sonstiger Momente“ prüfen will, ob die umgangene Rechtsnorm sich als „apodiktisches Zweckgesetz“ darstelle oder nicht. Jedenfalls bieten derartige Grundsätze in ihrer Anwendung erhebliche Schwierigkeiten.

Auch die Schwierigkeit in der Abgrenzung von legitimer Spekulation und wirtschaftlichem Spiel im Zeithandel,[3]) mit welcher sich diejenigen Meinungen abfinden müssen, die jedes wirtschaftliche Spiel wegen Gesetzesumgehung für klaglos erachten, berührt uns hier nicht.

Es ergibt sich, dass dem verdeckten Differenzgeschäft weder vom Gesichtspunkt der Simulation, noch von demjenigen des klaglosen Spielvertrages oder der Gesetzesumgehung die Klagbarkeit abgesprochen werden kann. Es charakterisiert sich demnach — das Differenzgeschäft im wirtschaftlichen Sinne unterliegt den gleichen Grundsätzen — als vollwirksamer Kaufvertrag.

Die rechtliche Gleichstellung des verdeckten Differenzgeschäfts mit dem reinen Differenzgeschäft — so sehr sie sich wirtschaftlich wegen des ähnlichen Charakters der beiden Geschäfte rechtfertigen liesse — ist mithin nur im Wege der Gesetzgebung möglich.

Dass sie *de lege lata* nicht durchführbar sei, also nur das reine Differenzgeschäft einer Beschränkung seiner Wirksamkeit unterliegen könne, ist auch in der oberstrichterlichen Rechtsprechung zum Aus-

---

[1]) Hiermit stimmt Dernburg, Das bürgerliche Recht Bd. I S. 55 im wesentlichen überein.

[2]) Staub a. a. O. 6. und 7. Aufl., Exkurs zu § 376 Anm. 3.

[3]) Auf sie weist Wiener a. a. O. S. 41 nachdrücklichst hin. Vgl. auch Simon a. a. O. S. 468.

druck gebracht und als Grundsatz gleichförmig beibehalten worden, wenn auch hier die Anwendung und Durchführung dieses Grundsatzes im einzelnen von Schwankungen nicht frei geblieben ist.

---

§ 4.

B. Die Rechtsprechung.

Das Reichsoberhandelsgericht ist von vorneherein von dem Begriffe des reinen Differenzgeschäfts ausgegangen, wie wir ihn oben festgestellt haben. In scharfer Unterscheidung zwischen Parteiabsicht und rechtsgeschäftlichem Willen hat es von allen Rechtsgeschäften ähnlichen Charakters allein dem reinen Differenzgeschäft in Anbetracht seines Vertragsinhaltes die Eigenschaft als Kaufvertrag abgesprochen. In diesem Sinne äussert sich die in Bd. XV S. 279 enthaltene Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts folgendermassen: „Diese Behauptungen“ — nämlich dass es nach der übereinstimmenden Absicht der Beteiligten lediglich auf die Kursdifferenz abgesehen gewesen sei und dass der Kläger wohl gewusst habe, dass der Beklagte so bedeutende Lieferungsan- oder -verkäufe weder effektuieren wollte noch konnte — diese Behauptungen „reichen nicht aus. Nicht durch die Intention der Parteien, sondern durch deren übereinstimmende Willenserklärung, durch deren erkennbare Vereinbarung, dass das Recht des gewinnenden Teiles wie die Verpflichtung des Verlierenden sich auf die Leistung einer Geldsumme beschränken solle, welche der Differenz zwischen dem stipulierten Preise und dem Börsenpreise des Stichtages entspricht, unterscheidet

sich das wahre Differenzgeschäft, dessen Gültigkeit oder Klagbarkeit in Frage steht, von den unzweifelhaft gültigen und klagbaren Spekulationsgeschäften. Die Absicht, Intention, das Motiv einer Erledigung des Geschäfts durch blosse Regulierung der Differenz liegt sehr zahlreichen, vielleicht den meisten Börsengeschäften über Wertpapiere und andere häufigen Preisänderungen ausgesetzte Waren zu Grunde, sie ist aber für den juristischen Charakter des Geschäfts irrelevant, sofern nicht vertragsmässig das Recht auf Lieferung bezw. auf Abnahme oder Zahlung ausgeschlossen ist."

Dagegen wurde die Frage nach der Rechtsgültigkeit des reinen Differenzgeschäfts den einzelnen Partikularrechten entsprechend in verschiedener Weise beantwortet. So wurde das reine Differenzgeschäft für das rheinisch-französische Recht [1]) für eine klaglose Wette im Sinne des Art. 1965 code civil, für das preussische Recht [2]) für einen Glücksvertrag erklärt. Für das Frankfurter Recht [3]) wurde die Frage nach der Klagbarkeit bejaht, für das sächsische Recht [4]) gemäss §§ 1482, 1480 des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches verneint, gemeinrechtlich [5]) blieb sie unentschieden.

Der Grundsatz, dass nur das reine Differenzgeschäft als klaglos erachtet werden könne, im übrigen aber die Rechtsgültigkeit der Zeitkäufe in Ermangelung einer durchgreifenden Gesetzgebung nicht anfechtbar sei, ist auch in der Praxis des Reichsgerichts zu konstanter Geltung gelangt. Auch hier wurde daher die Scheidung zwischen Parteiintentation und Vertragsinhalt strikt

---

[1]) R.O.H.Entsch. Bd. XIV S. 273.
[2]) R.O.H.Entsch. Bd. VI S. 224.
[3]) R.O.H.Entsch. Bd. XV S. 278.
[4]) R.O.H.Entsch. Bd. XVII S. 322.
[5]) R.O.H.Entsch. Bd. IX S. 203.

durchgeführt. So heisst es z. B. in der bei Bolze [1]) Bd. XVI No. 442 mitgeteilten Entscheidung: „Die blosse Absicht eines der Kontrahenten, nicht effektiv zu erfüllen, sondern am Stichtage die Differenzausgleichung eintreten zu lassen, begründet auch dann, wenn diese Absicht von vorneherein vorhanden und dem Gegenkontrahenten bekannt war, nicht den Einwand des klaglosen Differenzgeschäfts; denn das Vorhandensein einer derartigen, dem Gegenkontrahenten bekannten Absicht ist nicht gleichbedeutend mit dem für den Tatbestand des reinen Differenzgeschäfts erforderlichen Willen, dass keinem der Kontrahenten ein Anspruch auf effektive Erfüllung zustehen solle“.[2])

Das Reichsgericht sieht in dem reinen Differenzgeschäft einen Spielvertrag [3]) und erklärt es demgemäss für alle Partikularrechte[4]) für klaglos. Indem dieser Grundsatz konsequent aufrecht erhalten wurde, verfehlte diese Judikatur nicht, einen augenscheinlichen Einfluss auf die Rechtsprechung der Untergerichte zu gewinnen. So hat sich auch das hanseatische Oberlandesgericht, welches, wie schon oben erwähnt, das reine Differenzgeschäft — z. B. in den Urteilen vom 23. November 1886[5]) und 21. Mai 1887[6]) — für

[1]) Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.

[2]) Aehnlich Bolze Bd. VI No. 398 und 575, Bd. XIV No. 450, Bd. XVII No. 479; R.G.Entsch. Bd. XII S. 17, Bd. XXIII S. 138, Bd. XXXIV S. 95.

[3]) Vgl. insbesondere Seufferts Archiv Bd. 43 No. 111 Seite 169.

[4]) Vgl. insbesondere für das Gemeine Recht: R.G.Entsch. Bd. XXIII S 138; Bolze Bd. V No. 685, Bd. VII No. 597; f. d. Preussische Recht Bolze Bd. II No. 1032, Bd. V No. 685, Bd. VIII No. 503, Bd. XIV No. 450; R.G.Entsch. Bd. XXX S. 214; f. d. Französische Recht: Bolze Bd. II No. 1031, Bd. XIII No. 451; R.G.Entsch. Bd. XII Seite 37.

[5]) Hanseatische Gerichtszeitung 1888 S. 116.

[6]) Hanseatische Gerichtszeitung 1887 S. 199.

klagbar erklärt hatte, jener reichsgerichtlichen Praxis gefügt und anerkannt, dass „die Klagbarkeit reiner Differenzgeschäfte allerdings mit dem Reichsgericht zu verneinen“[1]) sei.

Doch eben nur das Prinzip als solches ist in der Judikatur des Reichsgerichts konform geblieben. Die Anwendung jener Grundsätze im Einzelfalle war Schwankungen unterworfen, welche zu lebhafter Polemik[2]) in der Literatur Anlass gaben.

Diese Verschiedenheit in der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist im wesentlichen eine zeitliche gewesen, wenn auch — worauf Klöppel[3]) wiederholt hingewiesen hat — ein Zwiespalt in der Auffassung der einzelnen Senate sich auch zu gleicher Zeit bemerkbar gemacht hat. Ihr Gegenstand lag in der Würdigung gewisser Umstände des Einzelfalles, aus welchem man auf das Vorliegen eines reinen Differenzgeschäfts und damit auf Simulation des Lieferungsvertrages in Gestalt stillschweigender Vereinbarung schliessen zu können glaubte.

Indem das Reichsgericht der Judikatur des Reichsoberhandelsgerichts sich anschloss und eine „erkennbare Vereinbarung“ forderte — woraus allerdings schwerlich eine Beschränkung auf die „ausdrückliche“ Willenserklärung gefolgert werden kann — legte es gewissen

---

[1]) Urteil vom 10. Mai 1890: Hanseatische Gerichtszeitung 1890 S. 152.

[2]) Die neuere Rechtsprechung wurde angegriffen besonders von Bendixen, Die Einrede des reinen Diffenzgeschäfts und die Rechtsprechung des Reichsgerichts; Laband a. a. O.; Simon a. a. O.; Staub a. a. O. 3. und 4. Aufl.; Wiener a. a. O.; verteidigt von Bähr, Das Börsenspiel und die Gerichtspraxis, und Dreyer, Das Differenzgeschäft im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozess Bd. II 1892 S. 401 ff.

[3]) Klöppel in Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen Jahrg. I S. 158, 484 und Jahrg. II S. 23.

Begleitumständen des Einzelfalles — insbesondere der Vermögenslage der Beteiligten — für das Vorliegen einer stillschweigenden Verabredung keine massgebende Bedeutung bei. So heisst es in dem bei Bolze Bd. VI No. 575 mitgeteilten Urteil vom 6. Juni 1888: „Wenn es auch richtig ist, dass die Erklärungen dieses Vertragswillens ebensowohl durch konkludente Handlungen erfolgen konnten, so ist doch in den von dem Beklagten allein behaupteten Tatsachen, dass er seine Zahlungen eingestellt habe, dass ihm nach einem aussergerichtlichen Vergleich mit seinen Gläubigern kein Vermögen geblieben sei, dass er von dem Kläger, dem späteren Cessionar seines Mitkontrahenten zum Börsenspiel veranlasst sei, dass er nicht die Mittel zur Bestreitung des Notwendigsten gehabt und gleichwohl Zeitkäufe über 15000 Wispel Roggen zu 85 Talern geschlossen habe und dergl.: in allen diesen Tatsachen ist der konkludente Ausdruck eines Vertragswillens beider Teile mit jenem Inhalt nicht zu finden."

Auch gewissen Aeusserungen der Beteiligten, wie: „Wir brauchen keinen Speicher, denn wir nehmen ja kein Getreide ab. Wir lassen uns nur die Differenzen bezahlen" wurde — wie sich noch aus dem bei Bolze Bd. XV No. 383 mitgeteilten Urteil vom 8. Juni 1892 ergibt, massgebende Bedeutung für das Vorliegen einer stillschweigenden Vereinbarung nicht beigemessen.

Diese Rechtsprechung, welche die Konkludenz der genannten Begleitumstände des Einzelfalles für das Vorliegen der stillschweigenden Willensübereinkunft ablehnte, ist mit wenigen Ausnahmen — zu diesen gehören insbesondere die bei Bolze Bd. VIII No. 503, Bd. XIII No. 447 und Bd. XIII No. 448 mitgeteilten Urteile — bis zum Jahre 1892 beibehalten worden. Der Umschwung, welchen die Rechtsprechung zu jener Zeit hinsichtlich der Beweiswürdigung zeigte, steht mit der

damaligen Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse in zeitlichem Zusammenhange. Die verderblichen Wirkungen des Börsenspiels gerade auf Volksklassen, die ihrem Beruf und ihrer Lebensstellung nach dem Börsenhandel fern standen, liessen jenen Frontwechsel der Judikatur — wie ihn Wiener[1]) bei seiner Schilderung jener Periode der Rechtsprechung nennt — begreiflich erscheinen,[2]) ohne ihn indessen teils rechtlich, teils in Ansehung der tatsächlichen Verhältnisse des Börsenmarktes zu rechtfertigen. Jene Umstände, welche das Reichsgericht früher für belanglos erachtet hatte, wurden nunmehr für geeignet erklärt, notwendige Schlussfolgerungen auf das Vorliegen einer stillschweigenden Vereinbarung hinsichtlich blosser Differenzzahlung und damit auf Simulation des Kaufvertrages zuzulassen. Solche Umstände — sie werden von Dreyer,[3]) dem Hauptverteidiger der veränderten Rechtsprechung, im einzelnen aufgezählt und erläutert — sind insbesondere die Vermögenslage eines der beiden Beteiligten, ihr Beruf und Lebensstellung, die Höhe des dem Bankier vom Kunden eingezahlten Depots im Verhältnis zur Höhe des Engagements, generelle Auftragserteilung zur Hausse- oder Baissespekulation ohne Einzelangaben, die Aeusserungen der Kontrahenten beim Vertragschlusse u. a. m.

Die weitgehendste Bedeutung legte die reichsgerichtliche Rechtsprechung dem Moment der Vermögenslage bei.[4]) Im Wege logisch zwingender

---

[1]) Wiener a. a. O. S. 6.

[2]) Ueber das Verhältnis der Judikatur zur wirtschaftlichen Lage äussert sich Simon a. a. O. S. 476 eingehend.

[3]) Dreyer a. a. O. S. 420 ff.

[4]) Dies zeigt die überwiegende Mehrheit der Entscheidungen seit dem Jahre 1892, z. B. die Urteile bei Bolze Bd. XIII No. 447, 451, 456, Bd. XIX No. 577, Bd. XX No. 264, 528, 532, Bd. XXII

Deduktion sollte aus der Unfähigkeit des einen Kontrahenten zur Abnahme und Zahlung des vollen Kaufpreises in eigner Person bei Kenntnis — bisweilen sogar bei Kennenmüssen — des Gegners der Mangel des Kaufverpflichtungswillens gefolgert werden. „Eine stillschweigende Willenserklärung sei", so heisst es in der von Wiener[1]) mitgeteilten Entscheidung vom 12. Oktober 1892, „aus den die Handlungen der Beteiligten begleitenden Umständen zu schliessen und dann anzunehmen, wenn entweder in Rücksicht auf diese Umstände die Handlungen und Erklärungen eine andere Deutung überhaupt (logisch) nicht zuliessen oder nach den Lebenserfahrungen diese Deutung als die regelmässige erscheinen müsse . . . . . Schon der erste dieser Grundsätze treffe zu, wenn nach den Umständen der Beklagte den Willen, effektiv zu erfüllen, gar nicht gehabt haben konnte und andrerseits Kläger von der Unmöglichkeit der Abnahme oder Lieferung der Papiere auf Seiten des Beklagten überzeugt sein musste. Würden diese Tatsachen bezw. deren Grundlagen festgestellt, dass der Umfang der Börsengeschäfte über die Vermögensverhältnisse und den Kredit des Beklagten weit hinausgegangen und dem Kläger dies bekannt gewesen ist oder bei einiger Nachforschung bekannt werden musste, so konnte mit voller Zuverlässigkeit auf die stillschweigende Willenserklärung beider Teile geschlossen werden, dass weder Lieferung noch Abnahme, sondern nur Regulierung durch Zahlung der Differenz stattfinden solle."

Wer die eingegangene Verbindlichkeit nicht erfüllen zu können überzeugt ist, kann, so deduziert das Reichs-

---

No. 465; R.G.Entsch. Bd. XXX S. 214, Entsch. vom 23. Juni 1897: Juristische Wochenschrift 1897 S. 137.

[1]) Wiener a. a. O. S. 29 und Bolze Bd. XV No. 385.

gericht, die Uebernahme der Verpflichtung nicht gewollt haben. Der Kontrahent ferner, der diese Unfähigkeit seines Gegners kannte — und dass er sie kannte, ist anzunehmen, wenn sie ihm erkennbar war — kann nicht gewillt gewesen sein, jenem eine Pflicht aufzuerlegen, zu deren Erfüllung der andere Teil nicht im stande war, bezw. ein Recht zu erwerben, dessen Realisierung von vorneherein unmöglich erschien.

Diese als zwingend erachtete Folgerung ist zunächst ganz allgemein betrachtet unhaltbar. Wenn *A* seinem mittellosen Freunde *B* einen kostspieligen Gegenstand verkauft, und der Käufer weiss, dass er schwerlich im stande sein wird, den Kaufpreis zu zahlen, der Verkäufer aber dieses Unvermögen kennt: so sollte hieraus mit Notwendigkeit auf Simulation jenes Kaufvertrages geschlossen werden können?[1]) Und könnte *B* etwa geltend machen, dass eine stillschweigende Schenkung vorgelegen habe? Erklärt man jene Deduktion für zwingend, so würde ferner, wie Simon[2]) mit Recht ausführt, die subjektive Unmöglichkeit eines obligatorischen Vertrages, welche im allgemeinen die Geschäftsgültigkeit nicht berührt, den Schluss auf Simulation begründen, sobald beide Teile jene Unmöglichkeit kennen.

Wohl kann nicht in Abrede gestellt werden, dass das Moment der Erfüllungsunfähigkeit in Verbindung mit anderen Momenten unter gewissen Umständen

---

[1]) Zutreffend sagt auch Leist, Differenzgeschäft und Differenzklausel. In den Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik III. Folge S. 801 ff. (Bd. 1), S. 808 Anm.: „Aehnlich wäre der Schluss, dass jemand, der bei Aufnahme eines Darlehens nicht die Aussicht hat, bei Ablauf der Rückzahlungsfrist die Summe in seinem Vermögen zu haben, in Wahrheit nicht ein Darlehen, sondern ein Geschenk zu empfangen beabsichtige".

[2]) Simon a. a. O. S. 485.

geeignet sein kann, zum Nachweise des Willensmangels zu dienen. Aber ein logischer Schluss ist hier unmöglich. Kann demnach die Deduktion des Reichsgerichts im allgemeinen nicht als zwingend angesehen werden, so tritt ihre Unhaltbarkeit im Verkehr mit börsenmässig gehandelten Waren noch ganz besonders deutlich zu Tage.

Die Unfähigkeit des Käufers, in Person abzunehmen und in Person zu zahlen, das Unvermögen des Verkäufers, in Person zu liefern, lässt im Terminhandel nicht einmal regelmässig auf Mangel des Verpflichtungswillens schliessen. Wer mit eigenen Mitteln oder eigenem Kredit die Höhe der Abschlusssummen der eingegangenen Lieferungsgeschäfte nicht einmal annähernd zu decken vermag, muss allerdings der Erfüllung in eigener Person aus dem Wege gehen. Wer aber bei Vermeidung dieser Erfüllung in eigener Person auf Differenzgewinn spekuliert, ist damit keineswegs auf den Abschluss eines reinen Differenzgeschäfts angewiesen, welchen das Reichsgericht für das einzige Spekulationsmittel des vermögenslosen Börsenspielers zu halten scheint.

Das reine Differenzgeschäft ist nicht einmal der günstigere Weg solcher Spekulation. Die Absicht, im Terminhandel Wertunterschiede zu gewinnen, kann, wie bereits oben erörtert wurde,[1]) auf verschiedene Weise erreicht werden: entweder durch Abschluss eines einzigen Geschäfts, bei welchem der eine dem andern Teil am Stichtage den Kursunterschied zahlt oder durch eine Mehrheit von Geschäften, bei denen es an einer Stelle zur Effektiverfüllung kommt und eine Differenz durch den Unterschied zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis gewonnen wird. Im zweiten Falle

[1]) Oben S. 2 ff.

schliesst der Spekulant entweder vor dem Stichtage des ersten Termingeschäfts, an oder nach demselben ein zweites Geschäft über die im ersten Geschäft gehandelte Ware: das zweite Geschäft ist Deckungskauf, wenn er verkauft, Realisierungsverkauf, wenn er gekauft hatte. Es kann dank der Verhältnisse des Börsenmarktes jederzeit geschlossen werden, indem stets ein Kontrahent zu finden ist — es kann mit einem Dritten oder auch mit dem ersten Geschäftsgegner selbst eingegangen werden.

Beide Wege der Spekulation führen mithin zum gleichen wirtschaftlichen Ziel — aber der Weg des effektiven Termingeschäfts erscheint im übrigen günstiger als der Weg des reinen Differenzgeschäfts. Jenes erzeugt klagbare Rechte, dieses nur natürliche Verbindlichkeiten. Allein der unehrliche gegenüber dem ehrlichen Spieler wird das klaglose Geschäft dem klagbaren vorziehen.

Beim Effektivgeschäft kann ferner der Spekulant die Entwicklung der Verhältnisse in der Schwebezeit jeden Augenblick durch Realisierung ausnutzen, indem er zur Sicherung des Gewinnes oder zum Schutz gegen eine weitere ungünstige Kursbewegung das zweite Geschäft eingeht. Eine Festlegung von Gewinn und Verlust in diesem Sinne ist dagegen beim reinen Differenzgeschäft nicht denkbar.[1]) Hier entscheidet nicht der in das Gutdünken der Spekulanten gestellte Abschluss des Gegengeschäfts, sondern allein der Stand der Kurse am Stichtage. Allerdings ist auch hier — worauf Bendixen[2]) mit Recht aufmerksam macht — eine Begrenzung des Risikos durch ein zweites Geschäft in der Schwebezeit möglich. Aber da dieses Gegen-

---

[1]) **Simon a. a. O. S. 471.**

[2]) **Bendixen a. a. O. S. 14.**

geschäft stets reines Differenzgeschäft ist, so kommt diese Möglichkeit allein dort in Betracht, wo der Abschluss reiner Differenzgeschäfte in grösserem Umfange üblich ist. Im Gegensatz zur Anschauung des Reichsgerichts geht aber die herrschende Meinung dahin, dass reine Differenzgeschäfte im Börsenverkehr überhaupt nicht oder doch nur in verschwindenden Ausnahmen vorkommen.[1])

„In Wirklichkeit", heisst es in der Entscheidung des hanseatischen Oberlandesgerichts vom 11. November 1892, „hat der moderne Geschäftsverkehr ganz andere Geschäftsformen herausgebildet, durch welche der Spekulant jene Absicht weit zweckmässiger und sicherer erreichen kann, als durch den in dem reinen Differenzgeschäfte liegenden rechtlich ungültigen Spielvertrag, welcher denn auch . . . . . dem praktischen Verkehr gänzlich fremd ist . . . . . Derartiges kommt in der Praxis nicht vor; es würde etwas ganz Törichtes sein".[2])

Spricht hiernach die Vermutung im Einzelfalle unstreitig gegen das Vorliegen eines reinen Differenzgeschäfts, im Gegensatz zu dem vorteilhafteren, dem gleichen Zwecke dienenden effektiven Termingeschäft, so würde diese Vermutung gleichwohl durch jenen vom Reichsgericht für konkludent erachteten Umstand der Unfähigkeit des Kontrahenten zur Effektiverfüllung

---

[1]) So: Bendixen a. a. O. S. 17; Brückner a. a. O. S. 7; Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts S. 399; Gareis, Die Klagbarkeit der Differenzgeschäfte S. 19; Leist a. a. O. S. 808; Salings Börsenpapiere Bd. I, bearbeitet von Siegfried, S. 126; Staub, Das Differenzgeschäft. In Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen Jahrg. VI S. 73, Kommentar 3. und 4. Aufl. Art. 357 § 33; Trumpler a. a. O. S. 445 ff. Vgl. auch die bei Seelemann a. a. O. S. 11 zitierten Gutachten.

[2]) Hanseatische Gerichtszeitung 1893 S. 28 f.

beseitigt werden, wenn allein das reine Differenzgeschäft dem mittellosen Spekulanten die Möglichkeit gäbe, sich der Gefahr, persönlich erfüllen zu müssen, zu entziehen. Dies ist nun aber keineswegs der Fall.

Der Käufer, welcher sich seiner vertragsmässig übernommenen Verbindlichkeiten dadurch entledigt, dass er die gekaufte Ware vor der Abnahme weiterverkauft und seinen neuen Käufer unmittelbar an seinen ursprünglichen Verkäufer weist, so dass er selbst weder die Ware empfängt noch den vollen Kaufpreis zahlt, hat seiner Abnahme- und Preiszahlungspflicht ebenso genügt, als wenn er persönlich den Besitz der Ware erworben und persönlich die volle Summe gezahlt hätte. Entsprechend verhält es sich mit der Lieferungspflicht des Verkäufers: er erfüllt seine Verpflichtung in gesetzlich durchaus zulässiger, wirksamer Form, wenn er seinem ersten Kontrahenten, der von ihm gekauft hat, die Ware unmittelbar von seiten seines zweiten Geschäftsgegners, von dem er sie angeschafft hat, übermitteln lässt und im übrigen Kompensationsausgleichung hinsichtlich der Geldforderungen erfolgt. Es liegt kein Grund vor, diese Art der Geschäftsabwicklung nicht als vollwirksame Kauferfüllung anzuerkennen. Ueberall da, wo das Interesse am Besitzerwerb der Ware hinter der Spekulation auf Gewinnung von Wertunterschieden zurücktritt, ist diese Art der Geschäftserledigung von überwiegender Bedeutung. Sie ist daher ein dem ganzen Handelsverkehr sehr willkommenes Werkzeug, indem sie seinen Zweck in der einfachsten und vollkommensten Weise unter Ersparung von Mühe, Geldaufwand und Transportgefahr verwirklicht.

Zur ausgedehntesten Entfaltung aber gelangt diese Art der Geschäftserfüllung im Börsenverkehr. Hier findet sie in dem Mechanismus der sogenannten Börsen-

liquidation ihren vollkommensten Ausdruck. Hier im Börsenverkehr besteht die Möglichkeit, jederzeit ein ferneres Kaufgeschäft über die bereits gekaufte oder verkaufte Ware abzuschliessen und den Kontrahenten des zweiten Geschäfts demjenigen des ersten Geschäfts zur Erfüllung zu überweisen. So ist auch der Spekulationsverkäufer, welcher nicht im Besitz der Ware ist und sich dieselbe aus eigenen Mitteln nicht zu verschaffen vermag, sowie der Spekulationskäufer, der den Kaufpreis aus eigener Tasche niemals hätte bestreiten können, in der Lage, durch rechtzeitige Eingehung des Gegengeschäfts die Erfüllung in eigener Person zu vermeiden. Den zwischen Engagement und Realisation stehenden mittellosen Spekulanten trifft demnach im ungünstigsten Falle nur die Pflicht, den Unterschied der beiden Vertragspreise zu zahlen; ist er aber hierzu im stande, so kann er trotz seiner im übrigen noch so unbedeutenden Mittel die eingegangenen Verpflichtungen rechtzeitig und in rechtswirksamer Form erfüllen.

Wenn das Reichsgericht demnach z. B. in der Entscheidung vom 12. Januar 1895 ausführt, dass „wer sich in Börsengeschäfte einlässt, zu deren reeller Erfüllung sein eigenes Vermögen offenbar unzulänglich ist", von dem anzunehmen sei, „dass er von vorneherein nicht den Willen hat, am Stichtage effektiv zu liefern oder abzunehmen, sondern dass sein Wille lediglich auf Zahlung oder Empfangnahme der Differenz gerichtet war",[1]) so ist dies in einem ganz anderen Sinne zutreffend, als in demjenigen des Reichsgerichts. Von einem derartigen Spekulanten ist allerdings mit Zuverlässigkeit anzunehmen, dass er niemals in eigener Person ohne Abschluss des Gegengeschäfts effektiv

[1]) **Bolze Bd. XX No. 528.**

liefern oder abnehmen wird, und dass es ihm nicht auf den Besitz der Ware oder den Empfang des vollen Kaufpreises, sondern allein auf den Gewinn einer Differenz ankommt. Dass aber eine auf Differenzzahlung von der einen an die andere Geschäftspartei gerichtete Vereinbarung, ein reines Differenzgeschäft, vorliege, ist aus der Vermögenslosigkeit des Kontrahenten keineswegs zu schliessen. Vielmehr spricht auch in solchem Falle die Vermutung gegen das reine Differenzgeschäft zu Gunsten des Effektivgeschäfts.

Dass die stete Möglichkeit, durch das Gegengeschäft sich dem Zwange persönlicher Erfüllung zu entziehen, der Annahme eines reinen Differenzgeschäfts widerspreche, hat aber das Reichsgericht — nachdem es in einzelnen früheren Urteilen, z. B. in demjenigen vom 29. September 1891[1]) den gegenteiligen zutreffenden Standpunkt vertreten hatte — beharrlich in Abrede gestellt; diese Möglichkeit habe nur, so heisst es bei Bolze Bd. XXI, No. 499, „für den umsetzenden Kaufmann Sinn, nicht aber für den Spekulanten, der weder umsetzen will noch kann“. Auch hier zeigt sich der Ausgangspunkt der neueren Judikatur sehr deutlich, welche das reine Differenzgeschäft für den einzigen Weg des Spekulanten hält, der auf Differenzgewinn ausgeht und Effektiverfüllung in eigener Person vermeiden muss. Selbst da, wo das Vorliegen eines Gegengeschäfts konstatiert wurde, hielt das Reichsgericht ein reines Differenzgeschäft für gegeben, wobei konsequenterweise auch in dem Gegengeschäft ein reines Differenzgeschäft gesehen werden musste.[2])

---

[1]) Bolze Bd. XIII No. 446.

[2]) Bolze Bd. XX No. 526, 532, Entscheidung vom 19. November 1892: Simon a. a. O. S. 474; Juristische Wochenschrift II S. 55 (R.G.Entsch. Bd. XXX S. 214).

Das Missverhältnis zwischen dem Vermögen des Spekulanten und der Höhe des von ihm eingegangenen Engagements kann demnach nur da auf das Vorliegen eines reinen Differenzgeschäfts schliessen lassen, wo jene Möglichkeit, sich dem Zwange persönlicher Effektiverfüllung zu entziehen, nicht gegeben ist. Dies würde etwa dann der Fall sein, wenn der Spekulant im Börsenverkehr derartig unerfahren ist, dass er glaubt, der Gefahr, selbst abnehmen oder liefern zu müssen, nur durch vertragsmässige Ausschliessung der Effektiverfüllung entgehen zu können.[1]) Dies würde ferner der Fall sein, wenn das Spekulationsgeschäft über eine Quantität von Waren oder Wertpapieren abgeschlossen wird, die am Börsenmarkte überhaupt nicht vorhanden ist, so dass jede Möglichkeit einer Kauferfüllung von vorneherein ausgeschlossen ist.

Aus der Mittellosigkeit des Kontrahenten ergibt sich mithin nicht mehr, als dass er statt an effektive Kauferfüllung in eigener Person nur an Differenzgewinnung denkt.

Nicht mehr Bedeutung kommt den übrigen vom Reichsgericht für konkludent angenommenen Umständen zu. Auch sie zeigen den Ausgangspunkt jener neueren Judikatur sehr deutlich. So wurde Aeusserungen, wie z. B. der in der Entscheidung vom 26. Januar 1891 angeführten: „Bei solchen Geschäften werde nur die Differenz bezahlt, effektive Lieferung aber von keiner Seite verlangt“,[2]) entscheidende Bedeutung für das Vorliegen eines stillschweigenden reinen Differenzgeschäfts beigemessen, während, wie oben[3]) bereits ausgeführt wurde, die frühere Rechtsprechung im all-

---

[1]) Wiener a. a. O. S. 45.
[2]) Bolze Bd. XIII No. 448.
[3]) Oben S. 44.

gemeinen solche Erklärungen nicht für konkludent erachtet hatte. Auch hier spricht die Vermutung offenbar dafür, dass es sich um die Differenz der Preise aus Geschäft und Gegengeschäft und um die Erklärung handelt, dass Erfüllung in eigener Person nicht erforderlich sei. Da ferner bei einer Spekulation mittelst effektiver Geschäfte, wie oben ausgeführt, die zur Deckung der eventuell zu zahlenden Differenz ausreichende Summe zu legaler Kauferfüllung hinlänglich ist, so genügt es, wenn der spekulierende Kunde seinem Bankier, mit welchem er in Geschäftsverbindung steht, als Depot nur die zu solcher Differenzzahlung nötige Summe zur Verfügung stellt. Erreicht daher das Depot im Einzelfalle die Höhe der Abschlusssumme auch nicht annähernd, so kann aus diesem Umstande — wie es seitens des Reichsgerichts z. B. in den bei Bolze Bd. XIII Nr. 450, 456, Bd. XIX Nr. 577 mitgeteilten Entscheidungen geschieht — keineswegs auf Simulation des Kaufvertrags geschlossen werden. Ebensowenig ist die Lebensstellung und der Beruf des der Börse fernstehenden Spekulanten geeignet, diesen Schluss zuzulassen, so lange die Möglichkeit gegeben ist, sich den Folgen der eingegangenen Kaufverbindlichkeiten auf dem Wege des Gegengeschäfts zu entziehen.[1]) Wo diese Möglichkeit besteht, kann aus jenen vom Reichsgericht für konkludent erachteten Umständen nicht mehr gefolgert werden, als die Absicht auf Differenzgewinnung, welche jedem spekulativen Kaufver-

[1]) Dass das Reichsgericht auch im Kommissionsverhältnis zwischen Kunden und Bankier — auch beim Nachweise eines vorliegenden Gegengeschäfts — ein reines Differenzgeschäft anzunehmen geneigt ist: darüber vgl. Bendixen a. a. O. S. 26ff. Vgl. auch Hanseatisches Oberlandesgericht: Entscheidung vom 11. November 1892 (Hanseatische Gerichtszeitung 1893 S. 25) und R.G.Entsch. Bd. XXXIV S. 83.

trage ebenso wie dem reinen Differenzgeschäft innewohnt.

Hatte aber das Reichsgericht in Verkennung jener Möglichkeit die besprochenen Begleitumstände des Einzelfalles für das Vorliegen einer stillschweigenden Vereinbarung für schlüssig erklärt, so musste es zu der Ueberzeugung kommen, „dass Termingeschäfte als reine Differenzgeschäfte an deutschen Börsen in bedeutendem Umfange geschlossen sind".[1]) Von ihrem Ausgangspunkte, dass nur das reine Differenzgeschäft ein zweckdienliches Mittel des wirtschaftlich schwachen Börsenspielers sei, gelangte die neuere reichsgerichtliche Rechtsprechung auf dem von § 286 C.P.O. vorgezeichneten Wege der freien, richterlichen Beweiswürdigung zu jener weitgehenden Zulassung des Differenzeinwandes.

Hatte die Judikatur an dem Grundsatze, dass nur der Vertragsinhalt, nicht der subjektive Zweck und die Parteiabsicht für den Rechtscharakter eines Geschäfts massgebend sein könne, streng festgehalten, so hatte sie damit jene Angriffe abgelehnt, welche sich vom Gesichtspunkte der Simulation, des Spieles, der Gesetzesumgehung, gegen die Rechtswirksamkeit der Spekulationsgeschäfte im allgemeinen richteten. Dennoch war der tatsächliche Erfolg,[2]) welchen jene Judikatur im Wege der Beweiswürdigung — durch Aufstellung von Erfahrungssätzen und Beweisregeln, zu deren Beobachtung die unteren Instanzen angehalten wurden — erreichte, kaum verschieden von dem Ziel jener theoretischen Angriffe. Dass das von dieser Rechtsprechung erreichte Resultat, die fast schrankenlose Zulassung des Differenzeinwandes wirtschaftlich

---

[1]) R.G.Entsch. Bd. XXXIV S. 87.

[2]) Vgl. Trumpler a. a. O. S. 467.

— durch die Gefahr der Rechtsunsicherheit im Zeithandel — und moralisch — durch eine dem Wortbrüchigen vor dem Ehrlichen geliehene Unterstützung — zu Bedenken Anlass gibt, ist rechtlich belanglos. Aber der Weg, der zu diesem Ergebnisse führt, ist angesichts der realen Verhältnisse des Börsenmarktes völlig verfehlt.

§ 5.

C. Der Einfluss des Börsengesetzes.

Das reine Differenzgeschäft ist ein klagloser Spielvertrag; jeder andere auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautende, in Differenzgewinnungsabsicht eingegangene Vertrag ist wirksamer Kaufvertrag. Dies ist das Ergebnis der Betrachtung des bisherigen Rechtszustandes.

Die beiden Hauptmängel dieses Rechtszustandes — auf der einen Seite die Unmöglichkeit, wirtschaftliches Spiel seiner Rechtskraft zu entkleiden und das wirtschaftlich berechtigte, der Risikoversicherung dienende reine Differenzgeschäft der Behandlung als Spielvertrag zu entziehen, auf der anderen Seite die aus der Zulassung des Differenzeinwandes resultierende Rechtsunsicherheit im Börsenhandel — liessen eine durchgreifende Abhülfe durch die Gesetzgebung erforderlich erscheinen.

Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch enthält eine Regelung der Differenzgeschäfte nicht. Die Konkursordnung erwähnt nur in einer ihrer Strafbestimmungen[1]) das Differenzgeschäft, wonach „Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt

[1]) Konkursordnung § 240 Abs. 1 Z. 1.

haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist," wegen einfachen Bankerutts strafbar sind, „wenn sie durch Aufwand, Spiel oder Wette oder durch Differenzhandel mit Waren oder Börsenpapieren übermässige Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind." Unter Differenzhandel ist hier zweifellos nicht lediglich der Abschluss reiner Differenzgeschäfte zu verstehen, sondern Differenzspekulation in einem weiteren Sinne.[1]) Dass in der Aufzählung „Spiel oder . . . . . Differenzhandel" eine bewusste Gegenüberstellung liege, dass der Gesetzgeber mithin auch nicht das reine Differenzgeschäft als Spiel ansehe,[2]) kann unmöglich behauptet werden.

Eine Modifikation des bestehenden Rechtszustandes bewirkte erst das Börsengesetz vom 22. Juni 1896.

Aber auch dieses Gesetz brachte eine allgemeine, civilrechtliche Neuregelung der Differenzgeschäfte im Rechtssinne nicht. Es enthält vielmehr nur Bestimmungen über Termingeschäfte überhaupt, insbesondere solche über eine Gattung derselben, die Börsenterminge schäfte, welche damit der Einwirkung des allgemeinen bürgerlichen Rechts entzogen werden.

Die Bestimmungen des Börsengesetzes beschäftigen uns hier demnach nur soweit, als durch sie die civilrechtlichen Folgen der Differenzgeschäfte beeinträchtigt werden.

Diese allgemeinen Rechtsfolgen der Differenzgeschäfte — es sind, wie oben gezeigt wurde, entweder

---

[1]) R.G.Entsch. in Strafsachen Bd. I S. 282 ff. Bd. XXII S. 12. — Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen Bd. I S. 526, 563 ff.

[2]) Dies behauptet Gareis a. a. O. S. 21 Anm.

die des klaglosen Spielvertrages oder die des vollwirksamen Kaufes — erleiden durch die Bestimmungen des Börsengesetzes eine Beeinträchtigung, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Börsentermingeschäfts gegeben sind.

Als Merkmale des Börsentermingeschäfts fordert § 48:

1. ein Kauf- oder sonstiges Anschaffungsgeschäft in Waren oder Wertpapieren auf eine festbestimmte Lieferungszeit oder mit einer festbestimmten Lieferungsfrist,
2. Abschluss nach den Geschäftsbedingungen, welche vom Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt sind,
3. Erfolgen einer amtlichen Feststellung von Terminpreisen für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art.

Sind diese Erfordernisse insgesamt erfüllt, so verliert die für die Behandlung der Differenzgeschäfte im allgemeinen massgebende Frage nach dem Vorliegen einer vertragsmässigen Ausschliessung der Effektiverfüllung — teils praktisch, teils rechtlich — ihre entscheidende Bedeutung. Die Rechtswirksamkeit des sich als Börsentermingeschäft darstellenden Differenzgeschäfts wird vielmehr von einer anderen Tatsache — der Eintragung der Beteiligten ins Börsenregister — abhängig gemacht.

Hierdurch bezweckte der Gesetzgeber,[1]) den dem Börsenhandel nach Beruf und Lebensstellung fernstehenden Privatmann, von dem man mit Recht an-

---

[1]) **Motive zum Entwurf eines Börsengesetzes** (Reichstag, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/96) S. 45ff. — **Bericht der Börsen-Enquête-Kommission** S. 6, 102.

nahm, dass er die Eintragung mit ihren Kosten und ihrer Publikation vermeiden werde, vom Börsenspiel fernzuhalten, andrerseits aber die Rechtsunsicherheit zu beseitigen, welche aus der weitgehenden Zulassung des Differenzeinwandes in der Judikatur sich ergab.

Durch ein Börsentermingeschäft in einem Geschäftszweige, für welchen nicht beide Parteien zur Zeit des Geschäftsabschlusses in einem Börsenregister eingetragen sind, wird gemäss § 66 ein Schuldverhältnis nicht begründet.[1]) Das Gleiche gilt von der Erteilung und Uebernahme von Aufträgen, sowie von der Vereinigung zum Abschlusse von Börsentermingeschäften. Die Unwirksamkeit erstreckt sich auch auf die bestellten Sicherheiten und auf die abgegebenen Schuldanerkenntnisse. Was jedoch bei oder nach völliger Abwicklung des Geschäftes zu seiner Erfüllung geleistet worden ist, kann nicht

---

[1]) Das Reichsgericht will die Anwendbarkeit der Ungültigkeitsvorschrift des § 66 ausdehnen: 1. auf die in §§ 51, 52 gekennzeichneten unerlaubten Börsentermingeschäfte und freien Termingeschäfte: vgl. Entscheidung vom 12. Oktober 1898 (R.G.Entsch. Bd. XXXXII S. 48), mit der Begründung, dass kein Grund vorliege, die genannten, von der Benutzung der Börseneinrichtungen ausgeschlossenen Geschäfte besser zu behandeln als die erlaubten Börsentermingeschäfte unter Nichteingetragenen; 2. auf die freien Termingeschäfte, denen einzelne Begriffsmerkmale des § 48 fehlen: vgl. Entscheidung vom 12. Oktober 1898 (R.G.Entsch. Bd. XXXXII S. 43) und Entscheidung vom 28. Oktober 1899 (Bd. XXXXIV S. 103), in der erstgenannten Entscheidung mit der Begründung aus extensiver Interpretation des § 66, in der letztgenannten Entscheidung mit der Begründung aus der Umgehung des § 66. Gegen diese Judikatur: Dernburg, Das bürgerliche Recht Bd. II, 2 S. 23 Anm. 4; Heinemann, Der Börsenterminhandel und das Reichsgericht; Lehmann und Ring, Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich Bd. II S. 144 Anm. 1; Riesser, Die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte; Staub, Kommentar zum H.G.B., 6. und 7. Aufl., Exkurs zu § 376 Anm. 3; Trumpler a. a. O. S. 483 und S. 505 ff.

zurückgefordert werden. Die Unwirksamkeit des Geschäfts liegt auch dann vor, wenn es im Auslande geschlossen oder zu erfüllen ist (§ 68 Abs. 1). Den Eingetragenen sind jedoch nach § 68 Abs. 2 diejenigen Personen gleichgestellt, welche im Inlande weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung haben; ihre Eintragung ist zur Wirksamkeit des Börsentermingeschäftes nicht erforderlich.

Unterliegt das als Börsentermingeschäft abgeschlossene Differenzgeschäft der Ungültigkeitsvorschrift des § 66, so ist der Differenzeinwand rechtlich zwar nicht ausgeschlossen — er bleibt jedoch praktisch ohne Bedeutung, da die Tatsache der Nichteintragung zur Unwirksamkeit ausreicht.

Andrerseits bewirkt die Tatsache der Eintragung nicht nur die Unanwendbarkeit der Ungültigkeitsvorschrift des § 66, sondern sie schliesst auch die Erhebung des Differenzeinwandes aus. So bestimmt § 69: „Gegen Ansprüche aus Börsentermingeschäften, sowie aus der Erteilung und Uebernahme von Aufträgen und aus der Vereinigung zum Abschlusse von Börsentermingeschäften kann von demjenigen, welcher zur Zeit der Eingehung des Geschäfts in dem Börsenregister für den betreffenden Geschäftszweig eingetragen war, sowie von demjenigen, dessen Eintragung nach den vorstehenden Bestimmungen (§ 68 Abs. 2) zur Wirksamkeit des Geschäfts nicht erforderlich war, ein Einwand nicht darauf gegründet werden, dass die Erfüllung durch Lieferung der Waren oder Wertpapiere vertragsmässig ausgeschlossen war."

Hiermit ist zunächst der Differenzeinwand unter den genannten Voraussetzungen beseitigt. Denn dieser stützt sich darauf, „dass die Erfüllung durch Lieferung der Waren oder Wertpapiere vertragsmässig

ausgeschlossen war", und dass mithin ein klagloses Geschäft vorliege.

Ist hiernach die Möglichkeit des Differenzeinwandes für den eingetragenen Kontrahenten abgeschnitten, so wollte das Gesetz nicht auch zugleich einen zweiten Einwand beseitigen, der sich wie jener darauf gründet, dass die Effektiverfüllung vertragsmässig ausgeschlossen sei, sich aber nicht gegen die Klagbarkeit des ganzen Geschäftes richtet, sondern dem Anspruch auf Kauferfüllung nur die Tatsache entgegenhält, dass eben dieser Anspruch vereinbarungsgemäss ausgeschlossen und an seiner Statt nur ein solcher auf die Differenz gewollt sei. Dieser letztgenannte Einwand ist praktisch von geringer Bedeutung — da es dem Kläger meist gleichgültig sein wird, ob er die Effektiverfüllung oder die Differenz erlangt — und ist schwerlich geeignet, die Rechtsunsicherheit zu begründen, welche durch § 69 beseitigt werden sollte. Es ist daher nicht anzunehmen, dass das Gesetz auch diesen Einwand treffen wollte. Ist danach die Effektiverfüllung vertragsmässig ausgeschlossen und sind im übrigen die Erfordernisse des § 69 erfüllt, so liegt zwar ein klagbares, zur Differenzzahlung verpflichtendes Geschäft vor, nicht aber ein Kaufvertrag.[1])

Gegen Ansprüche aus einem Börsentermingeschäft kann von dem eingetragenen Kontrahenten nicht eingewendet werden, dass ein klagloses Geschäft — ein reines Differenzgeschäft — vorliege. Wenn nun aber die Motive zu § 66 des Entwurfs[2]) ausführen, dass

---

[1]) So: **Freund in Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen Jahrg. VI S. 177; Reichsgerichtsentscheidung vom 29. Februar 1896 in dieser Zeitschrift Jahrg. V S. 196; Trumpler a. a. O. S. 494 ff. Abweichend: Staub, Kommentar zum H.G.B., 6. und 7. Aufl., Exkurs zu § 376 Anm. 20.**

[2]) **Motive S. 53.**

„der Einwand des Spieles, soweit er nicht lediglich auf den vertragsmässigen Ausschluss der Effektiverfüllung begründet ist“, durch die vorliegende Bestimmung nicht berührt werde, so ist dies keineswegs zutreffend. Ein Spieleinwand kann, wie oben ausgeführt wurde, eben nur auf die Tatsache gegründet werden, dass ein Spielvertrag gegeben ist. Ein solcher liegt aber nur dann vor, wenn die Effektiverfüllung vertragsmässig ausgeschlossen und Recht und Pflicht auf die Zahlung der Differenz beschränkt ist. Ist dies aber nicht der Fall, so liegt ein Kaufvertrag vor, der nur wirtschaftlich, nicht rechtlich ein Spiel sein kann.

Im übrigen wird in Ansehung der Differenzgeschäfte der Rechtszustand durch das Börsengesetz nicht berührt.

Wo mithin ein Börsentermingeschäft im Sinne des § 48 nicht gegeben ist, greift die Frage nach dem Vorliegen einer Vereinbarung hinsichtlich der Ausschliessung der Effektiverfüllung nach wie vor Platz. Wo eine solche nicht nachgewiesen werden kann und nur die Absicht, lediglich die Kursdifferenz zu zahlen, allein zutrifft, liegt trotz der aleatorischen Natur des Geschäfts ein klagbarer Kaufvertrag vor.

Dieser Rechtszustand erfuhr erst durch das bürgerliche Gesetzbuch eine Aenderung.

---

§ 6.

III. Das bürgerliche Gesetzbuch.

A. Entstehungsgeschichte des § 764.

Der erste Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs enthält keine Bestimmung über das Differenzgeschäft.

Man hielt, wie sich aus den Motiven[1]) zu § 664 ergibt, eine Bestimmung über die rechtliche Behandlung des reinen Differenzgeschäfts für zwecklos, da dieser Geschäftstypus im praktischen Leben bedeutungslos sei; ob aber die in ihrer Tendenz dem reinen Differenzgeschäft verwandten Lieferungsgeschäfte in ihrer Wirksamkeit einzuschränken seien, könne erst bei Revision des Handelsgesetzbuchs entschieden werden.

In seinem Gegenentwurf[2]) zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich hatte Bähr folgende Bestimmung über das Differenzgeschäft vorgeschlagen: „Ein in der Form eines Lieferungsvertrages über eine kursmässig gehandelte Ware abgeschlossener Vertrag, der lediglich darauf gerichtet ist, dass der Eine dem Andern die an dem festgesetzten Lieferungstage bestehende Differenz zwischen dem bedungenen und dem kursmässigen Preise der Ware herauszahle (Differenzgeschäft), ist als Wette anzusehen.

---

[1]) **Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das deutsche Reich 2. Aufl.**

[2]) **Bähr, Gegenentwurf S. 7 § 705.**

Der Abschluss eines solchen Geschäfts ist insbesondere dann anzunehmen, wenn eine wirkliche Lieferung nicht erfolgt und aus dem Missverhältnis zwischen der bedungenen Lieferung und den Vermögensverhältnissen der Beteiligten oder eines derselben zu entnehmen ist, dass eine solche auch nicht beabsichtigt war."

In der Verhandlung der zweiten Kommission[1]) war ein Antrag zur Aufnahme folgender Bestimmung eingegangen: „Ein Vertrag, nach welchem der Eine dem Andern den Unterschied zwischen einem vereinbarten Preise einer Sache und dem dem Versprechenden noch nicht bekannten Kurse oder Marktpreise, welchen sie zu einer bestimmten Zeit gehabt hat oder haben wird, zahlen soll, gilt als Spiel. Das findet insbesondere Anwendung auf Lieferungsgeschäfte, bei welchen erkennbarer Weise die Absicht der Vertragschliessenden nicht darauf gerichtet ist, dass eine Erfüllung nach Vertragsinhalt geschehen, sondern die Abwicklung durch Zahlung des Unterschieds zwischen dem bedungenen Preise und dem Kurse oder Marktpreise zur Erfüllungszeit geschehen solle".

Dieser Antrag wurde jedoch zurückgezogen, weil die gleichzeitig tagende Börsen-Enquête-Kommission sich mit der Frage nach der Rechtswirksamkeit der Differenzgeschäfte eingehend beschäftige, „und es sich deshalb nicht empfehle, zu der angeregten Frage von dem Standpunkte des bürgerlichen Gesetzbuchs aus Stellung zu nehmen."

In der Reichstagskommission[2]) aber wurde von neuem beantragt, eine Bestimmung über das Dif-

---

[1]) **Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. II S. 804.**

[2]) **Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes S. 93.**

ferenzgeschäft in das bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen, damit der nach langem Schwanken eingenommene Standpunkt der reichsgerichtlichen Rechtsprechung gesetzlich fixiert werde — die Materie gehöre nicht allein dem Börsengesetz an, sie müsse auch im bürgerlichen Gesetzbuche eine Regelung erfahren. Dem Antrage wurde seitens der Vertreter der verbündeten Regierungen widersprochen und auf die Schwierigkeit der Fassung hingewiesen — auf Grund ausgiebigeren Materials werde zur Zeit über die gleiche Frage verhandelt, deren Entscheidung im Börsengesetz voraussichtlich eine frühere sein werde, als im bürgerlichen Gesetzbuche.

Dennoch wurde der Antrag, und zwar in folgender Formulierung, angenommen: „Wird ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag in der Absicht geschlossen, dass der Unterschied zwischen dem vereinbarten und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teile an den gewinnenden gezahlt werden soll, so ist der Vertrag als Spiel anzusehen. Dies gilt auch dann, wenn nur die Absicht des einen Teiles auf die Zahlung des Unterschiedes gerichtet ist, der andere Teil aber diese Absicht kennt oder kennen muss.“ Das Plenum des Reichstages gab ohne Debatte seine Zustimmung. Die beantragte Bestimmung wurde demgemäss als § 764 ins bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen.

B. Tatbestand des § 764.

Der Tatbestand des § 764 fordert in erster Linie einen Vertrag, welcher auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren „lautet“. Die Lieferung ist

mithin nicht notwendig Geschäftsinhalt, sondern sie bildet nur das Ziel der äusserlich erkennbaren Vertragserklärungen. Der erste Bestandteil der Definition bezeichnet mithin nur die Rechtsform.

Das zweite Merkmal ist die beim Vertragsschlusse bestehende „Absicht", dass der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teile an den gewinnenden gezahlt werden soll. Die hier geforderte „Absicht" richtet sich auf die Art der Geschäftserledigung, nicht aber auf die Uebernahme der Vertragsverbindlichkeit. Sie hat mithin die gleiche Bedeutung, wie jene Absicht, welche oben als wesentliches Merkmal des verdeckten Differenzgeschäfts bezeichnet wurde.

Dennoch findet sich hier und da in der Literatur eine Gleichstellung der in § 764 geforderten Absicht mit dem rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen. So ist beispielsweise bei Enneccerus und Lehmann[1]) in der Erörterung des ersten Satzes des § 764 von der „ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Absicht der Parteien", in derjenigen des S. 2 von „einer stillschweigenden Zustimmung" des Gegners die Rede. Schnütgen[2]) legt die Absicht des S. 1 als „übereinstimmende Willenserklärung" aus. Die Gleichstellung von Absicht und Verpflichtungswillen vertritt auch Kipp[3]), wie aus seiner Darstellung des Verhältnisses des § 764 Satz 2 zu den allgemeinen Grundsätzen über die Rechtsgeschäfte zu folgern ist.

---

[1]) **Enneccerus und Lehmann, Das bürgerliche Recht Bd. I Seite 687 f.**

[2]) **Schnütgen, Das Differenzgeschäft S. 64.**

[3]) **Kipp in der Neubearbeitung von Windscheid, Lehrbuch der Pandekten Bd. II § 420 S. 870.**

Allein dies ist unbedingt abzuweisen. Der Einwand, dass in § 764 die zur Zeit herrschende Praxis kodifiziert werden sollte, welche eine „Willensübereinstimmung“ gefordert habe, trifft nicht zu. Abgesehen davon, dass Satz 2 auch bei der Gleichstellung von Absicht und Willen eine Abweichung von dem Grundsatze der Judikatur enthalten würde, ist gerade von dieser Rechtsprechung der Ausdruck „Absicht“ in konsequenter Durchführung auf dem Gebiete des Differenzgeschäftes stets in gleichem Sinne, und zwar in schroffer Gegenüberstellung zum rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen angewandt worden. Es ist nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber, wenn er in seiner Vorschrift wirklich den Verpflichtungswillen hinsichtlich der blossen Differenzzahlung hätte fordern wollen, gerade dieses Ausdrucks sich bedient haben sollte, dem in jener Rechtsprechung ein so ganz anderer Sinn beigemessen worden war. Wie sehr übrigens durch eine solche Gleichstellung der Begriffe die in Satz 2 enthaltene Vorschrift ihrer Bedeutung entkleidet würde, geht aus der Darstellung Kipps[1]) sehr deutlich hervor.

Es ist oben ferner davon die Rede gewesen, dass die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts dort, wo die „Absicht“ blosser Differenzzahlung hervortrat, auf eine Vereinbarung zu schliessen geneigt war. In diesem Sinne aber enthält § 764 durchaus eine Uebereinstimmung mit jener reichsgerichtlichen Judikatur, sobald die „Absicht“ im Gegensatz zum Verpflichtungswillen als auf die Geschäftserledigung gerichtet angesehen wird.

Die in § 764 geforderte Absicht ist demnach mit dem Geschäftswillen nicht identisch. Sie steht daher auch mit der Ernstlichkeit des auf effektive Kauf-

[1]) Kipp a. a. O.

erfüllung gerichteten Verpflichtungswillens nicht notwendig im Widerspruch — denn die Absicht betrifft die Erledigung, der Geschäftswille die Uebernahme der Verbindlichkeit. Andrerseits kann aber der Vertragswillen jener Absicht entsprechen — dies ist dann der Fall, wenn der Kontrahent sich lediglich zur Zahlung des Kursunterschiedes verpflichten will.

§ 764 fordert nur die „Absicht". Die Vorschrift legt mithin auf den realen Verpflichtungswillen als solchen kein Gewicht. Es sind demnach innerhalb des Tatbestandes zwei Gruppen von Fällen denkbar. Entweder richtete sich der Geschäftswille auf die Uebernahme der Geschäftsverbindlichkeiten — nur die Absicht ging auf Erledigung des Geschäfts durch Differenzzahlung. Oder Geschäftswille und Absicht stimmten miteinander überein — indem lediglich die Verpflichtung zur Zahlung der Differenz gewollt und dementsprechende Geschäftserledigung beabsichtigt war. In zahlreichen Fällen der letzteren Gattung werden bereits die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Gesetzbuchs über die Rechtsgeschäfte ausreichen, um das Geschäft in seiner Rechtswirksamkeit einzuschränken oder sogar als nichtig erscheinen zu lassen.

Liegt dem auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautenden Vertrage die übereinstimmende Willenserklärung der Kontrahenten zu Grunde, dass lediglich der Kursunterschied *in obligatione* sein solle, so ist der Lieferungsvertrag gemäss § 117 Abs. 1 als Scheingeschäft nichtig und das dissimulierte reine Differenzgeschäft unterliegt entsprechend seiner rechtlichen Natur nach § 117 Abs. 2 den Vorschriften über den Spielvertrag. Ferner ist hier der Fall einer Mentalreservation denkbar. Der tatsächliche Wille des einen Teils oder sogar beider Teile entspricht der auf Lieferungskauf gerichteten Erklärung nicht, indem

nicht die Verpflichtung zur Kauferfüllung, sondern allein diejenige der Differenzzahlung gewollt ist, ohne dass aber dieser dem Erklärenden bewusste Zwiespalt dem Gegner mitgeteilt wurde. In solchem Falle ist das ganze Geschäft gemäss § 116 Satz 2 nichtig, sobald die Gegenpartei den Willensvorbehalt kennt. Auch dann tritt Nichtigkeit des Geschäfts ein, wenn der Kontrahent die auf Kauf gerichtete Erklärung nicht ernstlich abgibt und erwartet, dass der Mangel der Ernstlichkeit vom Gegner nicht werde verkannt werden (§ 118). Das Gleiche gilt, wenn die Willenserklärungen der Parteien einander überhaupt nicht entsprachen, so dass auf der einen Seite ein effektives Lieferungsgeschäft, auf der andern ein reines Differenzgeschäft gewollt war. Auch dann ergibt sich Nichtigkeit des ganzen Vertrages, wenn der eine Kontrahent gemäss § 119 Abs. 1 zur Anfechtung wegen Irrtums berechtigt ist und von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch macht. Ist in den zuletzt genannten Fällen nach den allgemeinen Regeln über die Willenserklärung das eingegangene Geschäft nichtig, so ist die Anwendung des § 764 ausgeschlossen.

§ 764 fordert hinsichtlich der Differenzzahlung demnach nicht den Geschäftswillen, sondern lediglich die Absicht. Sie muss gemäss Satz 1 bei beiden Parteien zutreffen. Nach § 764 Satz 2 wird der Tatbestand jedoch erweitert: Es genügt, wenn „nur die Absicht des einen Teils auf die Zahlung des Unterschiedes gerichtet ist, der andere Teil aber diese Absicht kennt . . . . .“ Es reicht sogar aus, dass die Absicht nur auf einer Seite vorliegt, ohne dass der Gegner diese Absicht kennt, vorausgesetzt jedoch, dass diese Nichtkenntnis (§ 122 Abs. 2) auf Nichtbeobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 1 Satz 2) beruht.

Ist der Tatbestand des § 764 erfüllt, so treten — vorbehaltlich der erwähnten Nichtigkeitsvorschriften — die Rechtsfolgen des Spieles ein. Das in § 764 gekennzeichnete Geschäft ist „als Spiel anzusehen". Hier liegt eine erhebliche Abweichung von dem früheren Rechtszustande vor. Angesichts des bisherigen Rechts konnte nur das reine Differenzgeschäft als klagloses Spiel behandelt werden, während das in seiner Tendenz ähnliche verdeckte Differenzgeschäft seinem Vertragsinhalt entsprechend nicht anzugreifen war. In tatsächlicher Beziehung nähert sich allerdings — wie schon angedeutet — der Rechtsgrundsatz des § 764 der Rechtsprechung des Reichsgerichts, welches überall, wo es die Absicht der blossen Differenzzahlung fand, eine Vereinbarung anzunehmen geneigt war — eine solche aber stets forderte.

Geht sonach die in § 764 enthaltene Begriffsbestimmung des klaglosen Differenzgeschäfts über diejenige des seither geltenden Rechts hinaus, so ist trotz des klaren Wortlauts der Definition der Umfang und Inhalt derselben nicht unbestritten.

Es ist wiederholt darauf hingewiesen worden, dass im Verkehr mit Waren oder Wertpapieren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, die Spekulation auf Gewinnung eines Wertunterschiedes sich zweier verschiedener Wege bedienen kann. Die Differenz lässt sich zunächst unter den gleichen Kontrahenten durch ein einziges Geschäft — ein Differenzgeschäft im Rechtssinne — erzielen, welches bald als reines, bald als verdecktes Differenzgeschäft auftritt. Sie kann ferner als Unterschied zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis durch Abschluss zweier auf denselben Gegenstand gerichteter Geschäfte gewonnen werden. Dass auch Differenzgeschäfte der letzteren Art — Differenzgeschäfte im wirtschaftlichen Sinne — von der Bestimmung des

§ 764 betroffen werden, ist mehrfach aufgestellt worden. Der ganze freie Terminhandel, behauptet Cosack[1]), werde durch § 764 für klagloses Spiel erklärt, ohne Rücksicht darauf, ob neben der Differenzzahlung effektive Erfüllung persönlich oder im Wege von Substitutionen beabsichtigt sei. Denn wo gäbe es ein Termingeschäft, „bei welchem nicht allein oder nebenbei auf Differenzgewinn gerechnet werde?“ Hiernach würde indessen nicht nur der Terminhandel der Börse, sondern jeder gewöhnliche Lieferungsvertrag über marktmässig gehandelte Waren als Spiel anzusehen sein. Diese unleidliche Konsequenz, welche eine Lähmung des gesamten Handelsverkehrs in sich schliesst, kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Dass sich in vielen Fällen die Zeitkäufe des Börsenverkehrs — auch wenn, wenigstens an einer Stelle, realer Umsatz von Ware gegen Geld erfolgt — als wirtschaftliches Spiel darstellen, ist oben oft betont worden. Von diesem Gesichtspunkte aus wäre es freilich wohl begreiflich, dass der Gesetzgeber derartige Geschäfte, die nur in der Rechtsform Kauf sind, dem Spielvertrage gleichstellte — aber unverständlich bleibt es, warum er alle börsenmässigen Zeitgeschäfte und neben ihnen sogar alle gewöhnlichen Lieferungsverträge, die Spekulationskauf bezw. Spekulationsverkauf sind, ebenfalls als unwirksam hätte bezeichnen sollen. Erkennt die Rechtsordnung im § 1 Abs. 2 Z. 1 des Handelsgesetzbuchs spekulative Anschaffung und Weiterveräusserung als Grundgeschäfte des Handelsrechts an, so ist nicht einzusehen, warum sie solchem Geschäft die Rechtskraft versagen sollte, sobald es in der Form eines Lieferungsvertrags auftritt und die gehandelte

---

[1]) Cosack a. a. O. S. 401. Ihm folgt Lehmann und Ring a. a. O. Bd. II S. 147.

Ware einen Marktpreis hat, da in diesem Falle mit Notwendigkeit sich das Risiko nicht soweit ausdehnt, um den Vertrag als wirtschaftliches Spiel erscheinen zu lassen.[1])

Aber auch der klare Wortlaut des § 764 widerspricht jener Auslegung.[2]) Das Gesetz fordert die Absicht, „dass der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teile an den gewinnenden gezahlt werden soll." Der eine Kontrahent verliert, der andere gewinnt — der Verlierer zahlt dem Gewinner die Differenz. Dieser Sachlage entspricht nun aber dasjenige Lieferungsgeschäft keineswegs, bei welchem der Preisunterschied nur durch den Abschluss eines zweiten Geschäfts erzielt wird. Denn hier kann von einem gewinnenden und verlierenden Teile nicht die Rede sein: der eine Kontrahent ist Käufer, der andere Verkäufer. Für denjenigen von ihnen, in dessen Person der Kauf Spekulationsgeschäft ist — eventuell demnach für beide — wird zwar durch den Abschluss des Realisierungsgeschäfts „Gewinn" oder „Verlust" begründet — aber dieser Gewinn des einen ist keineswegs gleichzeitig „Verlust" des anderen Teils. Beide Kontrahenten können — wenn beide in Spekulationsabsicht abgeschlossen hatten — aus entsprechenden Gegengeschäften Gewinn erzielen. Sie stehen sich demnach — im Gegensatz zum Spielvertrag und zum Differenzgeschäft im Rechtssinne — nicht als Gewinner und Verlierer, sondern nur als Käufer und Verkäufer gegenüber.

Wird ferner auf der einen Seite Gewinn erzielt, so wird dieser doch nicht als solcher „gezahlt".

---

[1]) Vgl. Trumpler a. a. O. S. 460 f.

[2]) Trumpler a. a. O. S. 456 ff. — Dies wird übrigens auch von Lehmann und Ring a. a. O. Bd. II S. 146 anerkannt.

Gewinn und Verlust stellen sich vielmehr nach vertragsmässiger Erfüllung der sich entsprechenden Geschäfte als ein Plus oder ein Minus im Vermögen der Beteiligten dar. Ob dabei die Kaufverträge von Person zu Person erfüllt werden oder ob das Kaufobjekt nur einmal — vom ersten Verkäufer unmittelbar an den letzten Käufer — tradiert und der Kaufpreis dementsprechend nur einmal in voller Höhe entrichtet wird, während im übrigen die Kaufverbindlichkeiten im Wege von Ueberweisung und Aufrechnung getilgt werden, macht keinen Unterschied. Von „Zahlung der Differenz vom verlierenden an den gewinnenden Teil" kann in keinem dieser Fälle die Rede sein.

Die Differenz, welche das Gesetz nennt, ist „der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit." In den eben erörterten Fällen aber handelt es sich um diesen Unterschied nicht. Hier kommt vielmehr nur die Differenz zwischen Einkaufspreis und Verkaufspreis, also zweier Vertragspreise in Betracht, bezw. diejenige zwischen dem vereinbarten Preise und dem Abwickelungskurse (Liquidationskurse), welcher mit dem Kurse der Lieferungszeit nicht identisch ist.[1])

Dem Berichte[2]) der Reichstagskommission zufolge sollte in § 764 die „herrschende Theorie und Praxis" zum gesetzlichen Grundsatz erhoben werden. Ging die Begriffsbestimmung des § 764 zwar über den Tatbestand des von jener Theorie und Praxis allein für ungültig erklärten reinen Differenzgeschäfts hinaus, so sollte von dem neuen Gesetz doch schwerlich ein

---

[1]) Vgl. Trumpler a. a. O. S. 419, 457; Salings Börsenpapiere Bd. I bearbeitet von Sandheim, S. 247.

[2]) Bericht S. 93.

Geschäftstypus betroffen werden, welcher mit jenem reinen Differenzgeschäft inhaltlich nicht die geringste Aehnlichkeit zeigte.

Nur derjenige auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautende Vertrag, bei welchem die Differenzgewinnung im Wege nur eines einzigen Geschäfts unter denselben Kontrahenten beabsichtigt ist,[1]) entspricht den Erfordernissen des § 764.[2])[3])

Ist der Tatbestand des im § 764 definierten Differenzgeschäfts gegeben, so ist der Vertrag als Spiel anzusehen. Aber nicht jedes Differenzgeschäft im Sinne des § 764 ist dem Spieleinwande ausgesetzt. Wie hinsichtlich des seitherigen Rechtszustandes, so schafft auch für die vorliegende Bestimmung des

---

[1]) Die spekulative Absicht auf Differenzgewinn allein genügt demnach nicht. Daher kommt den oben erörterten, vom Reichsgericht für das Vorliegen eines reinen Differenzgeschäfts für konkludent erachteten konkreten Tatumständen hinsichtlich der Anwendung des § 764 nicht mehr Bedeutung zu, als angesichts des früheren Rechtszustandes.

[2]) Die im Text vertretene Auslegung bezeichnet Staub, Differenzgeschäft S. 73 als „eine geradezu diabolische. Denn das Geschäft, welches das bürgerliche Gesetzbuch als den Typus des Differenzgeschäfts erwähnt, kommt an der Börse überhaupt nicht vor.“ Mag die letztere Bemerkung auch zutreffend sein, so erscheint es — von den aufgeführten Gründen ganz abgesehen — gleichwohl günstiger, dass eine gesetzliche Bestimmung ohne weitgehende praktische Bedeutung bleibt, als dass sie den ganzen Terminhandel unterschiedslos zum klaglosen Spiele stempelt.

[3]) Kassageschäfte fallen nicht unter den Tatbestand des § 764. So: Trumpler a. a. O. S. 455 Anm. 85; Entscheidung des Reichsgericht vom 4. Januar 1902 (vgl. Deutsche Juristenzeitung Jahrg. VII Nr. 6 S. 140) und vom 8. März 1902 (vgl. Juristische Wochenschrift Jahrg. XXXI Nr. 24 S. 257). Abweichend: Lehmann und Ring a. a. O. Bd. II S. 145 f. Litthauer, Handelsgesetzbuch S. 507, Staub, Kommentar 6. u. 7. Aufl. Exkurs zu § 376 Anm. 35.

bürgerlichen Gesetzbuchs das Börsengesetz im § 69 eine tiefgreifende Einschränkung. Das Verhältnis des § 764 B.G.B. zu § 69 des Börsengesetzes gab zu Zweifeln und Streitigkeiten Anlass und mehrfach tauchte die Meinung auf, dass angesichts des Artikel 32 des Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch sich aus § 764 B.G.B. — der *lex posterior* — die Aufhebung des § 69 des Börsengesetzes — als der *lex prior* — ergebe.[1]) Diese Frage wurde jedoch durch das Einführungsgesetz zum neuen Handelsgesetzbuch Artikel 14 Nr. V beseitigt: § 69 erhielt den Zusatz, dass diese Bestimmung durch § 764 „nicht berührt" werde.

Dennoch kann es zweifelhaft erscheinen, ob nicht auch dann, wenn der Tatbestand des § 69 erfüllt ist, gleichwohl der Spieleinwand aus § 764 Platz greift. Denn der Einwand, welchen § 69 ausschliessen will, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes mit demjenigen, welchen § 764 schafft, keineswegs identisch. Denn in § 69 ist nur die Rede von einem Einwande, der sich darauf gründet, „dass die Erfüllung durch Lieferung der Waren oder Wertpapiere vertragsmässig ausgeschlossen war." Der Tatbestand des in § 764 gegebenen Einwands aber ist, wie oben gezeigt wurde, ein weiterer als derjenige des reinen Differenzgeschäfts. Dennoch muss dieser Einwand aus § 764 beim Vorliegen von Börsentermingeschäften unter eingetragenen Personen gemäss § 69 als ausgeschlossen erachtet werden. Durch § 69 beabsichtigte der Gesetzgeber die durch die Möglichkeit des Differenzeinwands hervorgerufene Rechtsunsicherheit unter eingetragenen Personen zu beseitigen.

---

[1]) So: Staub, Differenzgeschäft S. 69, Oppenheimer in Holdheims Monatsschrift f. Aktienrecht und Bankwesen Jahrg. VI Nr. 3 S. 82. Dagegen: Hoffmann, das Reichsbörsengesetz erläutert § 69 III.

Inhalt des Differenzeinwandes war aber vor dem Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuchs nur die Tatsache der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung zwecks Ausschliessung effektiver Erfüllung; denn nur an den Tatbestand des reinen Differenzgeschäfts knüpften sich die Rechtsfolgen des Spieles. Aber auch nachdem das bürgerliche Recht den Inhalt jenes Einwands erweitert hat, soll — wie sich aus der Hinzufügung des Abs. 2 ergibt — der Zweck des § 69 — der Schutz der Eingetragenen — voll gewahrt bleiben. Dies ist aber nur dann möglich, wenn im Wege extensiver Interpretation der Tatbestand des in § 69 ausgeschlossenen Einwands mit demjenigen des in § 764 geschaffenen Einwands in Einklang gebracht wird. Die Anwendung des § 764 ist mithin überall da ausgeschlossen, wo die Voraussetzungen des § 69 gegeben sind.[1])

Soweit diese Erfordernisse nicht zutreffen, ist der in § 764 bezeichnete Vertrag „als Spiel anzusehen". Es heisst im Gesetze nicht, dass jenes Geschäft ein Spielvertrag „sei". Es kann daher nicht behauptet werden — wie dies von Staub[2]) geschieht — das Gesetz gehe davon aus, dass, wo die Absicht darauf abzielt, nicht effektiv zu erfüllen, die Parteien mit Notwendigkeit auch ihre „auf Lieferung und Abnahme gerichteten Verpflichtungserklärungen nicht ernstlich abgegeben haben". Dass diese Anschauung freilich „begrifflich nicht zwingend ist", wurde bereits an anderer Stelle des näheren erörtert. Es ist aber andrerseits

---

[1]) Uebereinstimmend: Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. und 7. Aufl., Exkurs zu § 376, Anm. 26; Trumpler a. a. O. S. 492f; Werner in der deutschen Juristenzeitung V No. 11 S. 249. Abweichend: Gareis, Das deutsche Handelsrecht S. 569 Anm. 2.

[2]) Staub a. a. O., Exkurs zu § 376 Anm. 30.

wiederholt darauf hingewiesen worden, dass, eben weil vom Gesichtspunkte des Spieles dem verdeckten Differenzgeschäfte die Klagbarkeit nicht abgesprochen werden könne, da es nur wirtschaftlich Spiel, rechtlich aber Kauf sei, es der Gesetzgebung vorbehalten bleibe, dieses Geschäft dem reinen Differenzgeschäft in seinen Rechtsfolgen gleichzustellen. Dies aber ist mit der Vorschrift des § 764 endgültig erfolgt.

C. Die Rechtsfolgen.

Die Rechtsfolgen des in § 764 bezeichneten Differenzgeschäfts bestimmen sich nach den Vorschriften über das Spiel. Da gemäss § 762 durch Spiel und Wette „eine Verbindlichkeit nicht begründet wird", so kann aus dem Differenzgeschäfte weder auf effektive Kauferfüllung, noch auf Zahlung des Unterschiedes geklagt werden. Auch die Geltendmachung der Geschäftsforderung im Wege der Aufrechnung und der Zurückbehaltung ist — da für solche Rechtsgültigkeit der Obligation erforderlich ist (§§ 387, 390, 273) — ausgeschlossen. Die auf Grund der Differenzschuld erfolgte Pfandbestellung und Bürgschaftsübernahme bleibt ohne Rechtswirksamkeit. Auch die Umwandlung in eine Darlehensschuld (§ 607 Abs. 2) ist nicht möglich.

Andrerseits ist das Differenzgeschäft jedoch nicht dem verbotenen Spiele gleichgestellt. Daher kann das zum Abschluss von Differenzgeschäften gegebene Darlehen nicht schlechthin für unwirksam erklärt werden, doch ist es gemäss § 138 nichtig, sobald in seiner Hingabe ein Verstoss gegen die guten Sitten zu finden ist.[1]) Auch Auftrag und Gesellschaft zum

[1]) Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines B.G.B. S. 93; Dernburg, Das bürgerliche Recht

Abschluss von Differenzgeschäften müssen im allgemeinen als vollgültig erachtet werden,[2]) sobald in ihnen nicht eine Unsittlichkeit oder das Differenzgeschäft selbst sich verbirgt.

Das auf Grund des Differenzgeschäftes Geleistete kannn aber „nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat." Der verlierende Spekulant kann mithin die freiwillig gezahlte Kursdifferenz nicht wieder herausverlangen, auch dann nicht, wenn er die Klaglosigkeit des Geschäfts nicht kannte. Dagegen ist eine Rückforderung aus besonderen Gründen — z. B. aus dem dolosen Verhalten des Gegners — mit dieser Vorschrift keineswegs ausgeschlossen.

Um die Klagbarkeit des Spielgewinnes in jeder Gestalt zu unterdrücken, ergreift die Unverbindlichkeit des Spieles gemäss § 762 Abs. 2 auch die „Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder einer Wettschuld dem gewinnenden Teile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht." Also auch durch Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis und Wechselausstellung erlangt die Forderung aus dem Differenzgeschäft keine vollverbindliche Kraft.

Bd. II, 2 S. 143; Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I S. 847 Anm. 7; Lehmann und Ring a. a. O. Bd. II S. 148; Motive Bd. II S. 646; Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse § 762 No. 2 S. 488; Planck, Bürgerliches Gesetzbuch erläutert Bd. II S. 502, III.

[2]) Uebereinstimmend: Lehmann und Ring a. a. O. Bd. II S. 148; Oertmann a. a. O. § 762 No. 2 S. 488; Staub a. a. O. Anm. 59, 60; Trumpler a. a. O. S. 472; vgl. auch R.G.Entsch. Bd. XXXXIII S. 152. Abweichend: Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I S. 566; Dernburg a. a. O. Bd. II, 2 S. 142; Planck a. a. O. Bd. II S. 503.